

DAS INSTRUMENTARIUM DER KARTELLBEHÖRDEN
BEI EINGRIFFEN NACH § 18 GWB

Hans Veigl

—

1980
—

DAS INSTRUMENTARIUM DER KARTELLBEHÖRDEN

BEI EINGRIFFEN NACH § 18 GWB

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Hans Veigl

1980



Referent: Professor Dr. Kraßer (TU München)

Korreferent: Professor Dr. Steindorff

2. Korreferent: Professor Dr. Badura

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Dezember 1980

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	VIII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Vorbemerkung	1
Einführung	1
<u>1. Kapitel:</u> Systematische Stellung des § 18 im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	1
<u>2. Kapitel:</u> Aufbau und Tatbestand der Norm des § 18 GWB (Rechtsvoraussetzung)	4
I. Die Bindungstatbestände des § 18 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 GWB	5
1. Verwendungsbeschränkungen, Nr. 1	5
2. Ausschließlichkeitsbindungen, Nr. 2	7
2.1 Bezugsbindungen des Abnehmers, 1. Alt.	8
2.2 Absatzbindungen des Lieferanten, 2. Alt.	8
2.3 Gegenseitige Ausschließlichkeitsverträge	9
3. Vertriebsbindungen, Nr. 3	10
4. Koppelungsgeschäfte, Nr. 4	10
II. Die Marktfolgen des § 18 Abs. 1 lit. a bis c GWB	12
1. Unbillige Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit gleichartig gebundener Unternehmen, lit. a	12
2. Unbillige Beschränkung des Marktzutritts, lit. b	13
3. Wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs, lit. c	14

	Seite
Hauptteil: Die Rechtsfolgen	
- Einschreiten der Kartellbehörden -	15
<u>3. Kapitel: Unwirksamkeitserklärung</u>	15
I. Rechtliche Einordnung	15
1. des Einzeleingriffs (betr. eine einzelne Bindung)	15
2. der Eingriffsmehrheit (betr. ein Bindungssystem)	17
II. Allgemeine Eingriffsvoraussetzungen	19
1. Kausalität der Bindung(en)	19
1.1 Verursachung	21
1.2 Kausalitätstheorien	23
a) Bedingungstheorie	23
b) Adäquanztheorie	24
c) Theorie vom Normzweck	26
d) Relevanztheorie	27
1.3 Verursachung durch ein oder mehrere Unternehmen	29
1.4 Meinungsstand	31
1.5 Ursachenkonkurrenz	43
a) Besondere Ursachen	43
b) Gesamtkausalität	45
1.6 Zusammentreffen von Bindungen mehrerer bindender Unternehmen	48
a) Marktstörung durch kumulatives Zusammentreffen von Bindungen	48
b) Marktstörung durch alternatives Aufeinandertreffen von Bindungen	54
c) Marktstörung durch kumulative oder alternative Verursachung	55

	Seite
1.7 Gesamtkausalität und Marktstörung nach § 18 Abs. 1 lit. a bis c GWB	55
a) Marktfolge nach lit. c	56
b) Marktfolge nach lit. b	60
c) Marktfolge nach lit. a	67
1.8 Zusammenfassung und Ergebnis	73
2. Verhältnis von Bindungen zu Marktfolgen	77
2.1 Theorienstreit	77
2.2 Rechtsprechung	79
2.3 Anzuwendende Theorie	80
3. Haftung für die eingetretene Marktstörung	83
3.1 Keine globale Suspendierung	83
3.2 Lösungswege	86
3.3 Meinungsstand	87
3.4 Vergleichstatbestände	91
a) Zivilrecht	92
aa) Kollision und Rangordnung von Rechten	92
bb) Summierte Immissionen	99
b) Öffentliches Recht	100
aa) Sicherheits- und Polizeirecht	100
bb) Kartellrecht	106
4. Auswahl der zu suspendierenden Bindungen	109
4.1 Keine Gesamthaftung	109
4.2 Mögliche Ordnungsprinzipien	110
4.3 Auswahl der Haftenden	113
4.4 Bestimmung der Haftungsquoten	119
4.5 Zusammenfassung	122
5. Praktische Anwendung	124
5.1 Darstellung	125

5.2 Bedeutung der Lückenlosigkeit von Ver- tragsbindungen, Probleme der prakti- schen Anwendung	128
a) Verwendungsbeschränkungen, Nr. 1	128
b) Ausschließlichkeitsbindungen, Nr. 2	129
c) Vertriebsbindungen, Nr. 3	131
d) Koppelungsgeschäfte, Nr. 4	133
e) Alleinvertriebsverträge	134
5.3 Lösungswege bei notwendig lückenlosen Bindungssystemen	136
a) Vertriebsbindungen	136
b) Alleinvertriebsverträge	138
5.4 Rechtstechnische Durchführung der Ab- schwächung eines Bindungssystems	139
<u>4. Kapitel: Abmahnung</u>	141
I. Einordnung	141
1. Darstellung der Abmahnung	141
1.1 Gesetzlich geregelte Fälle	141
1.2 Abmahnung bei § 18 GWB	143
1.3 Rechtliche Qualifizierung der gesetzlich geregelten Abmahnungen	144
2. Rechtliche Qualifizierung der Abmahnung bei § 18 GWB	145
2.1 Vorbehalt des Gesetzes	147
2.2 Abmahnung als schlichte Verwaltungsäuße- rung	151
II. Pflicht zur Abmahnung	153
1. Grenzen des Ermessens	153
1.1 Selbstbindung	154
1.2 Übermaßverbot	155

	Seite
2. Sonstige Gründe	156
2.1 Rechtsstaatsprinzip	156
2.2 Rechtliches Gehör	157
2.3 Zweckmäßigkeit	159
<u>5. Kapitel: Verbot neuer, gleichartiger Bindungen</u>	160
I. Rechtsnatur	161
II. Inhalt und Wirkung	162
1. Gleichartige Bindungen	162
1.1 Rechtlich	162
1.2 Tatsächlich	163
2. Konkretisierung gleichartiger Bindungen	165
III. Veränderung der Marktverhältnisse	167

Literaturverzeichnis

Das aufgeführte Schrifttum wird grundsätzlich nur mit dem Namen des Verfassers zitiert. Bei mehreren Werken desselben Verfassers wird zusätzlich der Titel angegeben; dies gilt nicht für Aufsätze in Zeitschriften. Auflagen werden in der Fußnote nur genannt, wenn das Zitat auf eine ältere Auflage des Werks Bezug nimmt.

- | | |
|---------------------|---|
| Bauer, Bernhard | Deutsches Wahlwörterbuch,
1960, Frankfurt, Berlin |
| Baur, Fritz | Lehrbuch des Sachenrechts,
10. Aufl., 1978, München |
| Baumbach/Hefermehl | Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., 1960,
München, Berlin |
| Belke, Rolf | Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsverbote nach der Kartellgesetznovelle 1973, ZHR 138 (1974), 227 ff |
| Benisch, Werner | Die unverbindliche Abstimmung unter dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, DB 1957, 789 ff |
| - | Das geänderte Kartellrecht nach der Novelle 1965, DB 1965, 1035 ff |
| Berner, Georg | Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern, 7. Aufl., 1977, München |
| - | Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei, 8. Aufl., 1979, München |
| Biedenkopf, Kurt H. | Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung. Die Ausschließlichkeitsbindung als Beispiel. 1958, Heidelberg |

- Binding, Karl Die Normen und ihre Übertretung, Erster Band: Normen und Strafgesetze, 2. Aufl., 1916, Leipzig
- Birkmeyer, Karl Über Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht, GS 37. Jahrgang, (1885), S. 257 ff
- Blei, Hermann Strafrecht, I. Allgemeiner Teil, 17. Aufl., 1977, München
- Blomeyer, Arwed Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl., 1969, Berlin, Frankfurt
- De Boor, H.O. Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, Berlin, Wien
- v. Brauchitsch, M. Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder. Neu herausgegeben von C.H. Ule
- Bd. I/2: Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., 1962, Köln, Berlin, München, Bonn; zitiert: Ule
- Bd. III/2: Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, 1962, Köln, Berlin, Bonn, München; zitiert: König
- Bd. VIII: Wirtschaftsverwaltungsrecht II, Kartellrecht; zitiert: Jessen/Reimann/Zweigert
- Brockhaus Enzyklopädie, Bd. 2, 17. Aufl., Wiesbaden
- Bundeskartellamt Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1959 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet
- ... Tätigkeit im Jahre 1961 ...

- ... Tätigkeit im Jahre 1968 ...
- Schreiben der Einspruchsabteilung, WRP 1962, 125 f
- Creifelds, Carl Rechtswörterbuch, 5. Aufl., 1978, München
- Deringer, Arwed/
Tessin, Claus Zur Auslegung der Neufassung des § 18 GWB, WuW 1966, 132 ff
- Deutscher Industrie- und Handelstag Deutscher Industrie- und Handelstag zur Wettbewerbspolitik, Gegenvorschläge des DIHT zur zweiten Kartellgesetznovelle, WRP 1973, 191 ff
- Drews/Wacke Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) der Länder und des Bundes, 7. Aufl., 1961, Berlin, Köln, München, Bonn
- Drews/Wacke/Vogel/
Martens Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 2. Bd., 8. Aufl., 1977, Köln, Berlin, Bonn, München
- Droste, Hans Die Regelung der vertikalen Preisbindung im neuen Kartellgesetz, DB 1958, 99 ff
- Emmerich, Volker Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 1976, München
- Enneccerus/Lehmann Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, 1958, Tübingen
- Enneccerus/Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 2. Halbband, 15. Aufl., 1960, Tübingen
- Esser, Josef Schuldrecht

- Bd. I: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1970, Karlsruhe
- Bd. II: Besonderer Teil, 4. Aufl., 1971, Karlsruhe
- Esser/Schmidt Schuldrecht
- Bd. I: Allgemeiner Teil, Teilband 1: Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, 5. Aufl., 1975, Karlsruhe
- Bd. I: Allgemeiner Teil, Teilband 2: Vertragshaftung, Schadensersatz, Personenmehrheit im Schuldverhältnis, 5. Aufl., 1976, Heidelberg, Karlsruhe
- Eyermann/Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl., 1977, München
- Fikentscher, Wolfgang Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1960, 680 ff
- Die Interessengemeinschaft, 1966, Köln
- Kooperation und Gemeinschaftsunternehmen im Licht der Art. 85 und 86 EWGV, in Europees Kartelrecht, 1969, Antwerpen, Utrecht
- Schuldrecht, 6. Aufl., 1976, Berlin, New York
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1973, München
- Die Verfahrensvorschriften im Kartellgesetz, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift für Rudolf Isay, S. 95 ff, 1973, München
- Friauf, Karl Heinrich s. v. Münch

- | | |
|-----------------------------------|---|
| Frankfurter Kommentar | s. Kaufmann/Rautmann/Strickrodt |
| Gemeinschaftskommentar | s. Müller-Henneberg/Schwartz |
| Gleiss, Alfred/
Hirsch, Martin | Ausschließlichkeitsverträge nach
der Novelle zu § 18 GWB, WRP
1966, 17 ff |
| Götz, Volkmar | Allgemeines Polizei- und Ord-
nungsrecht, 4. Aufl., 1977,
Göttingen |
| Gutzler, Helmut | Die Änderungen des Gesetzes ge-
gen Wettbewerbsbeschränkungen,
BB 1965, 917 ff |
| Heck, Philipp | Grundriß des Schuldrechts, 1929,
Tübingen |
| Helm, Horst | Das Kartellrecht in der Wirt-
schaftspraxis, 2. Aufl., 1977,
Heidelberg |
| Huber, Ernst Rudolf | Wirtschaftsverwaltungsrecht,
Bd. I, 2. Aufl., 1953, Tübin-
gen |
| Hurst, Werner | Zur Problematik der polizeirecht-
lichen Handlungshaftung, AÖR
1958, 43 ff |
| Jessen/Reimann/Zweigert | s. v. Brauchitsch, M.: Bd. VIII |
| Kaufmann/Rautmann/
Strickrodt | Kommentar zum Gesetz gegen Wett-
bewerbsbeschränkungen (Frank-
furter Kommentar), Stand 1978,
Köln |
| Knack, Hans-Joachim | Verwaltungsverfahrensgesetz,
Kommentar, 1976, Köln, Berlin,
Bonn, München |
| Knöpfle, Robert | Zur Zulässigkeit der "Bündelung"
von Bindungsverträgen bei der
Anwendung des § 18 GWB, in Ent- |

- wicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht, Festschrift für Horst Bartholomeyczik, S. 203 ff, 1973, Berlin
- König, Hans-Günther s. v. Brauchitsch, M., Bd. III/2
- Koenigs, Folkmar Einige Probleme des § 18 GWB, in Wettbewerb als Aufgabe - Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 301 ff, 1968, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich
- Kopp, Ferdinand O. Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl., 1979, München
- Verwaltungsverfahrensgesetz, 1976, München
- Kraßer, Rudolf Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter, 1971, Köln, Berlin, Bonn, München
- Der Schutz von Preis- und Vertriebsbindungen gegenüber Außenseitern, 1972, Köln, Berlin, Bonn, München
- Langen, Eugen Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl., 1964 ff, Neuwied, Berlin, Darmstadt
- Langen/Niederleithinger/Schmidt Kommentar zum Kartellgesetz, 5. Aufl., 1977, Neuwied, Darmstadt
- Larenz, Karl Vertrag und Unrecht, Teil I: Vertrag und Vertragsbruch, 1936, Hamburg
- Schuldrecht, Bd. I Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 1979, München
- Lehmpfuhl, Rolf-S. Vertriebsbindungen. Ihre Formen, Funktionen sowie wettbewerbs- und kartellrechtliche Bedeutung, 1965, Köln, Berlin, Bonn, München

- | | |
|--------------------------------|---|
| Leo, Hans-Christoph | Der Ausschließlichkeitsvertrag
in den Entwürfen für eine Re-
form des GWB, WRP 1964, 327 ff |
| - | Das Wettbewerbsverbot des Han-
delsvertreterers im Lichte des
§ 18 GWB, WRP 1969, 85 ff |
| Lipps, Wolfgang | Kartellrecht, 2. Aufl., 1976,
Bonn |
| Lutz, Helmuth | Auswirkungen der Kartellgesetz-
novelle auf vertikale Bindun-
gen nach § 18 GWB, BB 1965,
1336 ff |
| Mang/Maunz/Mayer/
Obermayer | Staats- und Verwaltungsrecht
in Bayern, 3. Aufl., 1968,
München |
| - | ... 4. Aufl., 1975, München |
| Maunz/Dürig/Herzog/
Scholz | Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. |
| Mayer-Wegelin/Ebel | Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen und EWG-Kartell-
recht, Stand Sept. 1979,
Frankfurt |
| Meyer/Borgs | Kommentar zum Verwaltungsver-
fahrgesetz, 1976, Frankfurt |
| Müller/Gießler/Scholz | Kommentar zum Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen,
3. Aufl., Stand April 1978,
Frankfurt |
| Müller-Henneberg/
Schwartz | Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen (Gemeinschafts-
kommentar), 1. Aufl., 1958,
Köln, Berlin |
| - | Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen und Europäisches
Kartellrecht (Gemeinschafts-
kommentar), 2. Aufl., 1963 mit
Nachtrag 1966, Köln, Berlin,
Bonn, München |

- 3. Aufl., 1972 ff, Köln, Berlin, Bonn, München
- v. Münch, Ingo Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1979, Berlin, New York; zitiert: Friauf
- Grundgesetz, Kommentar, 1. Bd., 1974, Frankfurt; zitiert: v. Münch
- Oertmann, Paul Bürgerliches Gesetzbuch, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse (Kommentar), 3. und 4. Aufl., 1910, Berlin
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 35. Aufl., 1976, München
- 39. Aufl., 1980, München
- Peters Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, II. Bd., Kommunale Verwaltung, 1957, Berlin, Göttingen, Heidelberg; zitiert: Scupin
- Planck/Siber Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, II. Bd., 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1914, Berlin
- Poeche, Jürgen Die Kartellgesetz-Novelle 1965, WRP 1965, 314 ff
- Radbruch, Gustav Rechtsphilosophie, 8. Aufl., 1973, Stuttgart
- Rasch/Westrick/
Loewenheim Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 4. Aufl., 1977, Herne, Berlin
- Rauschenbach, Gerhard Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts in den Jahren 1975/1976, NJW 1976, 2185 ff

- Redeker/v. Oertzen Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), 6. Aufl., 1978, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
- Reinhard, Gert Anmerkung zum BGH-Beschluß vom 3.4.1975, "Polyester-Grundstoffe", BB 1975, 712 f
- RGRK - HGB Handelsgesetzbuch (Kommentar), früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 5. Bd., §§ 383 - 460, 2. Aufl., 1960, Berlin
- Rittner, Fritz Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, 1957, Düsseldorf
- Ausschließlichkeitsbindungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, DB 1957, 1091 ff und 1118 ff
- Samper, Rudolf Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz, 4. Aufl., 1975, München
- Sandrock, Otto Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1968, München
- Scupin, Hans Ulrich s. Peters
- Schiedermair, Rudolf Einführung in das bayerische Polizeirecht, 1961, München, Berlin
- Schlegel, Helmut Zur Beurteilung des ursächlichen Zusammenhangs bei Dienstunfällen, DVBl. 1962, 8 ff
- Schlegelberger Handelsgesetzbuch, Bd. IV: §§ 383 - 460, 5. Aufl., 1977, Berlin, Frankfurt

- | | |
|-------------------------|--|
| Schmidt, Karsten | Kartellverfahrensrecht, Kartellverwaltungsrecht, Bürgerliches Recht, 1977, Köln, Berlin, Bonn, München |
| Schmidt-Bleibtreu/Klein | Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., 1977, Neuwied, Darmstadt |
| Schnur, Roman | Probleme um den Störerbegriff im Polizeirecht, DVBl. 1962, 1 ff |
| Scholler/Broß | Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1978, Heidelberg, Karlsruhe |
| v. Staudinger, J. | Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse |
| - | Bd. II/Teil 1 a: §§ 241, 243 - 248, 11. Aufl., 1967, Berlin |
| - | Bd. II/Teil 1 b: § 242, 11. Aufl., 1961, Berlin |
| - | Bd. II/Teil 1 c: §§ 249 - 327, 10. und 11. Aufl., 1967, Berlin |
| Steindorff, Ernst | Die Wettbewerbsbeschränkung in Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag und Art. 65 § 1 Montan-Vertrag in Europees-Kartelrecht, 1969, Antwerpen, Utrecht |
| - | Zur Novellierung des Kartellrechts, BB 1970, 824 ff |
| Stern, Klaus | Schlichte Verwaltungsäußerungen, Bay. VBl. 1957, 44 ff, 86 ff |
| - | Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlichrechtlichen Klausur, 2. Aufl., 1974, München |

Süddeutsche Zeitung	Schnelle Bauherren haben die größte Chance, Nr. 197 vom 29. Aug. 1975, S. 23, München
Ule, Hermann Carl	s. v. Brauchitsch, M., Bd. I/2
Wacke, Gerhard	Der Begriff der Verursachung im Polizeirecht (Bedingungslehre), DÖV 1960, 93 ff
Wahrig, Gerhard	Deutsches Wörterbuch, 1972, Gütersloh, Berlin, München, Wien
Westermann, Harry	Sachenrecht (Lehrbuch), 5. Aufl., 1966, Karlsruhe
Wolf, Ernst	Methodik der Fallbearbeitung, JuS 1962, 101 ff
Wolff/Bachof	Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, München
-	Verwaltungsrecht III, 4. Aufl., 1978, München
Wolff/Raiser	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Bd., Sachenrecht, 10. Bearbeitung, 1957, Tübingen

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
All.	Alliierte
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung(en)
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Bay., Bayer.	Bayerischer, -e, es
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
betr.	betreffend
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozial- gerichts
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	Bundesverfassungsgericht, Entscheidungen
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Bundesverwaltungsgericht, Entscheidungen
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DIDEG	Decartellisation and Industrial Deconcentration Group
dies.	dieselben
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidung
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichts- verfassungsgesetz
Erg.	Ergänzung
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hess. VGH
etc.	et cetera
EVwVfG	Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	EWG-Vertrag
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote
ggf.	gegebenenfalls
GS	Der Gerichtssaal
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hb.	Halbband

Hess.	Hessen, Hessisch
HGB	Handelsgesetzbuch
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
JuS	Juristische Schulung
KO	Konkursordnung
lit.	Litera
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
ME	Musterentwurf
n.F.	neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungs- gerichte
PAG	Polizeiaufgabengesetz
Pr.	Preußen, Preußisch
Rdnr.	Randnummer
Rdnrn.	Randnummern
RG	Reichsgericht
RGZ	Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen
Rh.-Pf.	Rheinland-Pfalz
s.	siehe
S.	Seite, Satz
sog.	sogenannt
StVG	Straßenverkehrsgesetz
SR	Schuldrecht
SZ	Süddeutsche Zeitung

Tz.	Teilziffer (n)
u.	unten
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
v.	vor, von
VerglO	Vergleichsordnung
VerwR	Verwaltungsrecht
Verw.Rspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung (en)
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WRP	Wirtschaft in Recht und Praxis
Wü-Ba	Württemberg-Baden, Württemberg-Badische
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung
z.B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung

Vorbemerkung

Die vorliegende Untersuchung befaßt sich mit dem den Kartellbehörden in den Fällen des § 18 GWB zur Verfügung stehenden Eingriffsinstrumentarium. Gegenstand dieser Arbeit kann es demzufolge nicht sein, die gesamte Problematik der Rechtsvoraussetzungen, also des Tatbestands dieser Vorschrift in allen Einzelheiten auszubreiten.

Es soll daher nur ein kurzer Überblick über die systematische Stellung der Vorschrift im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und eine Einführung in Fragen des Gesetzesaufbaus und Tatbestands gegeben werden, soweit es für die Untersuchung der Rechtsfolge, also des Eingriffsinstrumentariums von Bedeutung ist.

- Einführung -

1. Kapitel: Systematische Stellung des § 18 im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Die Kernbestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen liegen in seinem ersten - materiell-rechtlichen - Teil, den "Wettbewerbsbeschränkungen". Dieser behandelt - in der Reihenfolge des Gesetzes - Wettbewerbsbeschränkungen durch Kartelle, sonstige Verträge, Marktmacht, einseitige Maßnahmen und schließlich Wettbewerbsregeln.

Wenngleich übergeordnete Kriterien dieses ersten Teils nicht sofort in Erscheinung treten, so las-

sen sich doch gewisse Gemeinsamkeiten herausarbeiten, wird eine Systematik erkennbar: Wettbewerbsbeschränkungen durch Kartelle und sonstige Verträge (1. und 2. Abschnitt) sind übergeordnet zu vertraglichen Beschränkungen ¹⁾ zusammenzufassen, die im Gegensatz stehen zu Wettbewerbsbeschränkungen durch Marktmacht und einseitige Maßnahmen (3. und 4. Abschnitt), also zu den Fällen der Beschränkungen durch tatsächliches Verhalten ²⁾.

Wendet man sich nun der Gruppe der vertraglichen Beschränkungen zu, so wird erkennbar, daß die "Kartellverträge und Kartellbeschlüsse" des 1. Abschnitts (§§ 1 bis 14 GWB) durch einen gemeinsamen Zweck gekennzeichnet sind, während die "Sonstigen Verträge" des 2. Abschnitts (§§ 15 bis 21 GWB) keine solchen Gemeinsamkeiten aufweisen und durch kein sachlich-rechtliches Band verbunden sind. Die adjektivische Abgrenzung "sonstige" bringt nur einen dahingehenden Ausschluß, daß Kartellverträge nicht zu diesem 2. Abschnitt zählen. In vereinfachter Betrachtungsweise könnte man die wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen des 1. Abschnitts als "horizontale Verträge" bezeichnen, während jene des 2. Abschnitts als "vertikale Verträge" zu klassifizieren sind. Diese Kennzeichnung ist naturgemäß etwas global und kann deshalb nicht ausnahmslos zutreffen, mag aber für einen ersten Überblick genügen.

Übergeordneter Gedanke des 2. Abschnitts, also jener vertikalen Bindungen, zu denen § 18 GWB zählt, ist der Schutz von Abschluß- und inhaltlicher Gestaltungsfreiheit individueller Verträge ³⁾. Das wird

1) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, Vorbem. zu §§ 15-21, Anm. 1

2) ders., a.a.O.

3) ders., a.a.O., Anm. 5

erkennbar, wenn man die Regelungsmaterien dieser Vorschriften nebeneinander stellt ¹⁾:

- § 15 GWB Preis- und Konditionenbindungen,
 ipso iure nichtig
- § 16 GWB Ausnahmen dazu für Verlagserzeugnisse
- § 17 GWB Ausnahme zur Ausnahme des § 16 GWB,
 Unwirksamkeitserklärung von Preisbindungen,
 die nach § 16 zulässig sind; Miß-
 brauchsaufsicht
- § 18 GWB Verwendungsbeschränkungen, Ausschließlich-
 keitsbindungen, Vertriebsbindungen, Koppe-
 lungsverträge; Mißbrauchsaufsicht
- § 19 GWB Annexregelungen zu §§ 17 und 18 betreffend
 Teilnichtigkeit etc.
- §§ 20, Lizenzverträge über Patente, Gebrauchsmu-
 21 GWB ster, Sortenschutzrechte, Betriebsgeheim-
 nisse und Pflanzenzüchtungen.

Zentrale Vorschriften dieses Abschnitts sind also die §§ 15, 18 und 20 GWB. Während § 15 GWB Beschränkungen der Inhaltsfreiheit und damit das "Wie" künftiger Vertragsbeziehungen regelt, behandelt § 18 GWB die Beschränkungen der Abschlußfreiheit und folglich das "Ob" solcher Beziehungen. Damit sichert § 15 GWB die Freiheit des auf unterer Stufe befindlichen Vertragspartners zur inhaltlichen Gestaltung der mit Dritten abzuschließenden Austauschverträge, während § 18 GWB die Freiheit der Auswahl von potentiellen Geschäftspartnern, Vertragsobjekten und ihrer Verwendung ge-

1) Katalog nach Lipps, Tz. 130 - 171 und Schwartz im Gemeinschaftskommentar, Vorbem. zu §§ 15-21, Anm. 7

währleistet ¹⁾. Schließlich zeigt die Sondervorschrift des § 20 GWB auf, welche Beschränkungen i.S. der §§ 15 und 18 GWB einem Patent- oder Lizenznehmer auferlegt werden dürfen.

2. Kapitel: Aufbau und Tatbestand der Norm des § 18 GWB (Rechtsvoraussetzung)

Bei der Vorschrift des § 18 Abs. 1 GWB handelt es sich um eine vollwertige und vollständige Norm mit Rechtsvoraussetzung (Tatbestand) und Rechtsfolge. Darüber hinaus bringt Absatz 2 eine Hilfs- oder Ergänzungsnorm, die eine Definition beinhaltet.

Die Norm des § 18 GWB weist aber in mehrfacher Hinsicht Besonderheiten auf und weicht damit vom Schema des üblichen Aufbaus ab.

Denn zum einen ist die Rechtsfolge vor deren tatbestandliche Voraussetzung gezogen, zum anderen finden sich zwei völlig verschiedene Gruppen von Tatbestandsmerkmalen: Die Beschreibung der vom Gesetz erfaßten Bindungen in den Nrn. 1 bis 4 einerseits und die eine Suspendierung dieser Verträge erst auslösenden weiteren Qualifikationen der lit. a bis c ²⁾ andererseits.

1) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 1

2) Die meisten Kommentare unterscheiden diesbezüglich zwischen "Tatbeständen" und "Eingriffsvoraussetzungen". Dies ist aber insofern ungenau als es sich bei den sog. Eingriffsvoraussetzungen ebenfalls um eine Gruppe von - wenn auch kumulativ erforderlichen - Tatbestandsmerkmalen handelt; so etwa (jeweils in der Inhaltsübersicht zu § 18 GWB) Schwartz im Gemeinschaftskommentar; Baumbach/Hefermehl, GWB; Müller/Gießler/Scholz; Rasch/Westrick/Loewenheim; Langen/Niederleithinger/Schmidt; zutreffend aber Frankfurter Kommentar und Langen, 4. Aufl.

Diese Zweiteilung des Tatbestandes findet ihre Begründung in dem der Vorschrift zugrundeliegenden Mißbrauchsprinzip. Danach sind die einzelnen Bindungen nicht per se verboten, vielmehr wird ihre Aufhebung erst durch weiter hinzutretende Qualifikationen, nämlich durch bestimmte Marktfolgen indiziert.

Der Tatbestand der Norm gliedert sich also in zwei kumulativ erforderliche Momente, die sog. Bindungstatbestände und die Marktfolgen.

I. Die Bindungstatbestände des § 18 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 GWB

1. Verwendungsbeschränkungen, Nr. 1

"in der Freiheit der Verwendung der gelieferten Waren, anderer Waren oder gewerblicher Leistungen beschränken"

Bei dieser in praxi wenig bedeutsamen Tatbestandsvariante wird ein Vertragsteil in der Weise gebunden, daß er bestimmte Waren oder gewerbliche Leistungen nicht beliebig verwenden darf.

Aus dem Zusammenhang der Tatbestände der Nrn. 1, 2 und 3 ist zu ersehen, daß mit dem Begriff "Verwendung" jede Art der Verwertung erfaßt wird, wie etwa Gebrauch, Verarbeitung und Inanspruchnahme, jedoch mit Ausnahme von Bezug oder Absatz der Ware ¹⁾.

Gegenstand der Bindungen können hier die vom Binder selbst bezogenen Waren oder gewerblichen Leistungen

1) So ausdrücklich Baumbach/Hefermehl, § 18 GWB Anm. 4 und Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 25; dies verkennt offenbar Lipps, Tz. 155, wenn dort in Beispiel 33 eine Absatzbindung aufgeführt wird.

sein, wie aber auch alle anderen, d.h. nicht vom Binder bezogenen.

Als Beispiel dazu sei der Zellstofffall ¹⁾ genannt, bei dem ein Käufer verpflichtet wird, den gelieferten Rohstoff nur zur Textilproduktion zu verwenden, nicht hingegen auch zur Herstellung von Papier.

Weiterhin der Mineralölfall ²⁾, bei dem Mineralöle ausschließlich zu Heizzwecken unter Ausschluß jeder anderen Verwendung geliefert werden.

Schließlich darf auch der bekannte Schuhmaschinenfall ³⁾ nicht fehlen, der für die gesetzliche Erfassung der Verwendungsbeschränkungen ausschlaggebend war und als Hauptbeispiel für die amtliche Begründung der Vorschrift des § 18 GWB diente ⁴⁾. Hier vermietete die Deutsche Vereinigte Schuhmaschinen-GmbH (DVSG), eine Tochter der amerikanischen United Shoe Machinery Corporation (USMC), ihre Schuhmaschinen unter den Bedingungen an einen Schuhhersteller, daß diese Maschinen für alle in Frage kommenden Arbeiten benutzt würden, daß im gesamten Arbeitsgang, in dem eine Maschine des Vermieters eingesetzt würde, keine Maschinen anderer Herkunft verwendet und in den Räumen, in denen Maschinen des Vermieters stünden, andere Maschinen nicht aufgestellt werden dürften ⁵⁾.

1) Mayer-Wegelin/Ebel, § 18 Anm. 2 a

2) Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 25

3) RG-Entscheidung vom 29.7.1940, RGZ 165, 1 ff und Unterlassungsanordnung der DIDEG vom 27.11.1950, WuW/E All. 13

4) Begründung zu § 13 des Entwurfs (§ 18 GWB), 1 a, BT-Drs. II/1158

5) Zusammenfassung im Gemeinschaftskommentar, 2.Aufl., § 18 Anm. 15

2. Ausschließlichkeitsbindungen, Nr. 2

"darin beschränken, andere Waren oder gewerbliche Leistungen von Dritten zu beziehen oder an Dritte abzugeben"

Inhalt und Zweck dieses wirtschaftlich bedeutendsten Anwendungsfalles des § 18 GWB bestehen darin, bestimmte Geschäfte nur mit dem Bindenden, nur mit einem bestimmten Dritten oder überhaupt nicht abzuschließen ¹⁾.

Der Akzent dieser Bindungen liegt also darauf, den Geschäftsverkehr des Gebundenen mit unbestimmten Dritten auszuschließen oder zu beschränken.

Unter anderen Waren oder gewerblichen Leistungen sind hier solche zu verstehen, die weder vom Bindenden oder von bestimmten Dritten bezogen noch an diese geliefert werden, deren Austausch vielmehr mit unbestimmten Dritten erfolgen soll ²⁾.

Die Bezeichnung dieses Tatbestandes als Ausschließlichkeitsbindung ist zwar allgemein gebräuchlich und wird teilweise sogar als Kollektivbezeichnung für alle vier Tatbestandsvarianten des § 18 GWB verwendet, charakterisiert den Bindungstatbestand aber nur ungenau, da von Ausschließlichkeit in der gesamten Vorschrift nicht die Rede ist; trotzdem ist aber mit einer solchen Beschränkung ein Element der Ausschließung verbunden ³⁾.

Bei diesen Ausschließlichkeitsbindungen der Nr. 2 lassen sich zwei, wenn man deren Kombination berücksichtigt, sogar drei Untergruppen unterscheiden:

1) Müller/Gießler/Scholz, § 18 Anm. 16

2) ähnlich Baumbach/Hefermehl, § 18 GWB, Anm. 6

3) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 24

2.1 Bezugsbindungen des Abnehmers, 1. Alt.

Hier handelt es sich um Verträge, die den Gebundenen darin beschränken, (andere) Waren oder gewerbliche Leistungen von Dritten zu beziehen. Eine solche Vereinbarung bezweckt eine Absatzsicherung für den Lieferanten und damit eine Absatzgarantie.

Hierzu zählen die sog. Tankstellenverträge ¹⁾, bei denen sich der insoweit auf Eigenhändlerbasis tätige Tankstelleninhaber gegenüber seiner Mineralölgesellschaft verpflichtet, ausschließlich deren Pflegemittel zu vertreiben.

Weiterhin die Bierlieferungsverträge ²⁾, mit denen dem Gastwirt die Verpflichtung auferlegt wird, seinen Bierbedarf ausschließlich bei der Vertragsbrauerei zu decken (während die Brauerei dem Wirt dafür zu- meist ein Einrichtungsdarlehen gewährt oder ihm mietweise Einrichtungsgegenstände überläßt).

2.2 Absatzbindungen des Lieferanten, 2. Alt.

Hier wird - anders als bei der 1. Alt. der Abnehmer - der Lieferant dahingehend beschränkt, (andere) Waren oder gewerbliche Leistungen an Dritte abzugeben.

Mit dem Ausschluß einer Drittbelieferung kann der Abnehmer u.a. beabsichtigen, seine eigene Belieferung sicherzustellen.

So etwa, wenn ein Kraftfahrzeughersteller seine Untertierlieferanten von Ersatzteilen verpflichtet, diese ausschließlich an ihn, nicht aber auch an andere Händler zu liefern ³⁾.

1) Müller/Gießler/Scholz, § 18 Anm. 21

2) Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 18 Anm. 24

3) Baumbach/Hefermehl, § 18 GWB, Anm. 6

Desgleichen im Melitta-Fall ^{1), 2)}, bei dem die Melitta-Werke Unteraufträge zur Herstellung von Kaffee-
filtern an die Firma Porta vergaben, um Bedarfsspitzen abzudecken. Damit verbunden war die Auflage, solche Filtertüten während der Vertragsdauer und dreier Jahre danach nicht an Dritte zu verkaufen.

2.3 Gegenseitige Ausschließlichkeitsverträge,

Alleinvertriebsabkommen als Kombination von Bezugs- und Absatzbindungen (1. und 2. Alt.)

Hier korrespondiert die Bindung des Verkäufers zu einer gegenständlichen oder territorialen Alleinbelieferung des Käufers (Absatzbindung) mit der Verpflichtung des Käufers, solche Waren nicht von einem Dritten zu beziehen (Bezugsbindung) ³⁾.

Einschlägig ist hier der Kraftfahrzeugpflegemittel-fall, bei dem der Hersteller, eine chemische Fabrik, mit einem Verteiler vereinbarte, daß dieser die betreffenden Pflegemittel in Norddeutschland ausschließlich vertreibt, d.h. keine Konkurrenzprodukte führt, während der Hersteller in diesem Gebiet nur diesen Verteiler beliefert ^{4), 5)}.

1) WuW/E BKartA 60 und 73

2) Nach der Neufassung des GWB durch die Novelle 1965 wäre § 18 GWB hier nicht mehr einschlägig, da vertragsgebundene Unternehmen davon nicht mehr erfaßt werden.

3) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 33; Müller/Gießler/Scholz, § 18 Anm. 17

4) Helm, Rdnr. 116

5) Ähnlich der Flaschenbierfall bei Rittner, Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, S. 138

3. Vertriebsbindungen, Nr. 3

"darin beschränken, die gelieferten Waren an Dritte abzugeben"

Bei diesen Vertriebsbindungen handelt es sich um gegenständliche oder territoriale Beschränkungen des Abnehmers, die vom Bindenden gelieferten Waren an Dritte abzugeben, also um eine Bindung der Waren im Weiterverkauf an Dritte.

Gegenstand der Beschränkungen sind aber nur die vom bindenden Unternehmen gelieferten, nicht auch andere Waren oder gewerbliche Leistungen.

Der vornehmliche Zweck dieser Restriktion liegt darin, die Einhaltung des Absatzweges zu sichern ¹⁾.

Folge davon ist der Ausschluß einzelner Unternehmen oder ganzer Handelsstufen von bestimmten Marktgebieten ²⁾.

So liegt im Kindernährmittelfall ³⁾ eine gegenständliche Beschränkung, eine Fachhandelsbindung vor, wenn der Hersteller von diätetischen Nahrungsmitteln dem Großhandel den Vertrieb an Lebensmittelgeschäfte untersagt.

4. Koppelungsgeschäfte, Nr. 4

"verpflichten, sachlich oder handelsüblich nicht zugehörige Waren oder gewerbliche Leistungen abzunehmen"

Diese bislang kaum praktisch gewordene vierte Variante betrifft sachfremde Koppelungen beim Warenkauf oder

1) Baumbach/Hefermehl, § 18 GWB, Anm. 7

2) Müller/Gießler/Scholz, § 18 Anm. 26

3) WuW/E BKartA 497

beim Bezug gewerblicher Leistungen.

Dabei beurteilt sich das Merkmal der Sachwidrigkeit objektiv nach der Verkehrsauffassung, nicht nach dem Interesse eines Herstellers oder Händlers ¹⁾. Strittig ist diesbezüglich, ob es für die Nichtanwendbarkeit der Nr. 4 genügt, wenn jene Zugehörigkeit entweder sachlich oder handelsüblich gegeben ist oder ob beide Merkmale kumulativ erforderlich sind ²⁾.

Als Beispiel sei die Praxis einiger Filmverleiher angeführt, nicht einzelne oder bestimmte Filme zu vermieten, sondern nur Blockbuchungen (Staffeln) von ca. 12 Stück zu akzeptieren oder die Verpflichtung, mit einem Spielfilm auch die entsprechende Wochenschau abzunehmen ³⁾. Anschaulich ist ferner der bei Helm ⁴⁾ aufgeführte Fall, bei dem ein Hersteller von Schreibmaschinen diese vermietet und seine Abnehmer verpflichtet, monatlich eine bestimmte Mindestmenge von Schreibmaschinenpapier bei ihm zu kaufen.

Diese hier dargestellten Verwendungsbeschränkungen, Ausschließlichkeits- und Vertriebsbindungen sowie Koppelungsverträge sind - wie schon erörtert - nicht ipso iure ungültig, werden also nicht a priori vom Gesetz mißbilligt oder geahndet.

Daraus folgt, daß hier vielmehr auch berechnigte und gerechtfertigte Interessen der bindenden Parteien berücksichtigt und anerkannt werden.

Die von diesen Restriktionen ausgehenden Wirkungen und Folgen können aber nur solange und soweit akzep-

1) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 56

2) erstgenannter Auffassung übereinstimmend die Kommentare, zweitgenannter das BKartA, vgl. dazu Schwartz im Gemeinschaftskommentar, a.a.O.

3) ders., a.a.O., Anm. 57

4) Rdnr. 118

tiert werden, als dadurch nicht gegen höherrangige Zielvorstellungen und Institutionen unserer Wirtschaftsordnung verstoßen wird. Diese Schutzgüter hat das Gesetz mit den Marktfolgetatbeständen der lit. a bis c benannt.

Damit bleibt das Vorliegen von Bindungen nach den Nrn. 1 bis 4 aber noch indifferent und kann für sich noch keine Eingriffsbefugnis der Kartellbehörden begründen. Diese wird erst durch den weiter erforderlichen Folgetatbestand einer Marktstörung ausgelöst (Mißbrauchsprinzip) ¹⁾.

Da es sich wie bei den Bindungstatbeständen auch bei den Marktfolgen um alternativ, nicht kumulativ erforderliche Rechtsvoraussetzungen handelt, wäre theoretisch an zwölf Tatbestandskombinationen zu denken.

Im folgenden sollen nun die Tatbestände der Marktfolgen als mögliche Auswirkungen der Bindungen kurz angesprochen werden, während unten ²⁾ im Rahmen der Prüfung der Gesamtkausalität eine eingehendere Erörterung stattfindet.

II. Die Marktfolgen des § 18 Abs. 1 lit. a bis c GWB

1. Unbillige Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit gleichartig gebundener Unternehmen, lit. a

"dadurch eine für den Wettbewerb auf dem Markt erhebliche Zahl von Unternehmen gleichartig gebunden und in ihrer Wettbewerbsfreiheit unbillig eingeschränkt ist"

1) vgl. die ähnliche Konstruktion der strafrechtlichen Erfolgsdelikte

2) S. 55 ff

Obwohl an erster Stelle der Marktfolgen rangierend, wurde diese Variante doch als letzte, nämlich durch die zweite Novelle zum GWB vom 3.8.1973 ¹⁾ eingeführt. Dieser Marktfolgetatbestand betrifft das Innenverhältnis von Bindern zu Gebundenen. Es geht (primär) um die Handlungsfreiheit der Vertragspartner des Bindenden, die durch die Bindungen im Wettbewerb beschränkt werden ²⁾. Das bedeutet zunächst Schutz des Gebundenen und damit Individualschutz, während damit u.U. aber auch ein Schutz des Wettbewerbs, also Elemente eines Institutionsschutzes verbunden sein können ³⁾, ⁴⁾.

2. Unbillige Beschränkung des Marktzutritts, lit. b

"dadurch für andere Unternehmen der Marktzutritt unbillig beschränkt"

"Als unbillig im Sinne des Absatzes 1 Buchstabe b ist nicht eine Beschränkung anzusehen, die im Verhältnis zu den Angebots- oder Nachfragemöglichkeiten, die den anderen Unternehmen verbleiben, unwesentlich ist."

Hier schützt man die Wettbewerber der bindenden Unternehmen in ihrer Handlungsfreiheit, so daß damit ein Individualschutz gegeben ist ⁵⁾. Bemerkenswert und problematisch ist die Tatsache, daß der wertende Begriff "unbillig" bei der Variante lit. b zur Bewertung außervertraglicher Verhältnisse benützt wird. Interessant weiterhin die nach dem Wortlaut der Definitionsnorm des Abs. 2 nur für die Beschränkung des

1) BGBl. I S. 917 ff

2) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 71

3) ders., a.a.O.; Langen/Niederleithinger/Scholz, § 18 Anm. 110

4) Siehe unten, S. 67 ff

5) Schwartz, a.a.O., Anm. 63

Marktzutritts geltende Begriffserklärung von "unbillig" ¹⁾. Näheres dazu unten ²⁾.

3. Wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs,
lit. c

"durch das Ausmaß solcher Beschränkungen der Wettbewerb auf dem Markt für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen wesentlich beeinträchtigt wird"

Dieser Marktfolgetatbestand kommt ohne wertendes Merkmal aus und will den Wettbewerb als solchen, also als Institution schützen ³⁾. Dieser Schutz ist allgemeinsten Natur, wenn dadurch der Markt für Waren aller Art - also nicht nur für die gebundenen Waren - geöffnet werden soll. Näheres auch zu dieser Variante unten ⁴⁾.

1) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 63

2) S. 65 ff

3) Schwartz, a.a.O., Anm. 66

4) S. 56 ff

Hauptteil: Die Rechtsfolgen

- Einschreiten der Kartellbehörden -

3. Kapitel: Unwirksamkeitserklärung

Die Kartellbehörde kann nach § 18 GWB Verträge zwischen Unternehmen für unwirksam erklären.

Bindungen entsprechend § 18 GWB können sowohl als einzelne Bindung zwischen bindendem und gebundenem Unternehmen als auch als ganzes Bindungssystem zwischen einem bindenden und mehreren gebundenen Unternehmen auftreten. Dementsprechend müssen auch die Maßnahmen der kartellbehördlichen Aufsicht ausgerichtet sein.

Allen diesen Eingriffen in die privatrechtliche Vertragsgestaltung ist nun gemeinsam, daß sie eine gesetzlich mißbilligte Verhaltensweise unterbinden, also repressiv wirken sollen. Die Unwirksamkeitserklärung unterscheidet sich damit grundlegend vom Verbot künftiger Bindungen, das als vorbeugende Maßnahme Marktbeschränkungen verhüten, folglich präventiv wirken soll.

I. Rechtliche Einordnung

1. des Einzeleingriffs (betr. eine einzelne Bindung)

Das Kartellgesetz ermächtigt die Kartellbehörde mit der Vorschrift des § 18 Abs. 1 GWB, bestimmte Verträge zwischen Unternehmen für unwirksam zu erklären.

Es enthält damit eine Befugnis, in die zwischen Privaten bestehenden Rechtsbeziehungen einzugreifen. Dieser Eingriff ist als Verwaltungsakt zu qualifizieren.

Nach § 35 Satz 1 VwVfG ist unter Verwaltungsakt jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme zu verstehen, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist ^{1), 2)}.

Danach charakterisieren einen Verwaltungsakt folgende Merkmale:

- (1) Einseitiger Ausspruch
- (2) einer Verwaltungsbehörde
- (3) auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts,
- (4) der einen Einzelfall
- (5) regelt.

Diese Merkmale des Verwaltungsakts liegen vor, wenn die Kartellbehörde (Verwaltungsbehörde) in Anwendung des § 18 GWB (auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts) einen Vertrag zwischen zwei Unternehmen (einen Einzelfall betreffend) für unwirksam erklärt (durch einseitigen Ausspruch regelt).

Näher bestimmt liegt ein Wirtschaftsverwaltungsakt vor, da es sich um eine auf gesetzlicher Grundlage ergehende Entscheidung eines Trägers öffentlicher

-
- 1) Diese Definition lehnt sich an die Vorbilder des § 25 Abs. 1 der MilitärregierungsVO Nr. 165 und § 23 Abs. 1 EGGVG in der Fassung des § 179 VwGO an.
 - 2) Lehre und Praxis definieren in gleicher Weise; so Forsthoff, Verwaltungsrecht, § 11 1, 2; Kopp, VwGO, § 42 Rdnr. 36; Redeker/v.Oertzen, § 42 Rdnr. 32 ff. Abweichend aber Eyermann/Fröhler, § 42 Rdnr. 14

Verwaltung handelt, die für einen konkreten Einzelfall (oder für eine begrenzte Zahl konkreter Einzelfälle) wirtschaftliche Rechtsverhältnisse öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Inhalts mit unmittelbarer Wirkung feststellt oder gestaltet ¹⁾.

Sofern die für unwirksam zu erklärende Bindung nicht ohnehin schon nach anderen gesetzlichen Bestimmungen, so etwa nach §§ 134, 138 BGB nichtig ist ²⁾, wirkt die Unwirksamkeitserklärung auf eine konkrete Rechtslage ein, indem sie mit Wirkung über die Vertragspartner hinaus die Bindung aufhebt ³⁾. Damit liegt ein gestaltender, genauer ein privatrechtsgestaltender ⁴⁾ Verwaltungsakt vor, eine Verfügung mit konstitutiver Wirkung ⁵⁾.

2. der Eingriffsmehrheit (betr. ein Bindungssystem)

Häufiger als eine einzelne Bindung zwischen einem bindenden und einem gebundenen Unternehmen ist eine Mehrzahl von bindenden Verträgen anzutreffen, die zwischen einem bindenden und mehreren gebundenen Unternehmen geschlossen sind; so etwa, wenn ein bindendes Unternehmen ein ganzes Bindungssystem unterhält.

Nach allgemeiner Meinung kann die Kartellbehörde in einem solchen Fall das ganze Bindungssystem für unwirksam erklären ⁶⁾.

1) Definition bei E.R. Huber, Bd. I, § 6 I 1

2) Baumbach/Hefermehl, § 18 GWB, Anm. 16

3) Forsthoff, Verwaltungsrecht, § 11 3 b

4) E.R. Huber, Bd. I, § 8

5) Forsthoff, a.a.O.

6) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 79; Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 96 und Erg. zu Tz. 96

Die Behörde regelt dann einen konkreten Sachverhalt für einen größeren Personenkreis, der nach allgemeinen Merkmalen (Bindungen) bestimmt oder zumindest im Zeitpunkt des Verfügungserlasses bestimmbar ist ¹⁾. Bestimmbar deshalb, weil sowohl Binder als auch Gebundene, also jeder, den es angeht, anhand von Gattungsmerkmalen zu erkennen vermag, daß sich der Verwaltungsakt an ihn richtet. Damit ist nach § 35 Satz 2 VwVfG eine Allgemeinverfügung gegeben.

Es wäre theoretisch auch möglich, daß jeder, den es angeht, einen Einzelverwaltungsakt erhält, denn es liegen soviele Verwaltungsakte vor, wie Personen vorhanden sind; deren Verhältnisse geregelt werden. Dieses "Bündel von Verwaltungsakten", diese "Sammelverwaltungsakte" ²⁾ bezeichnet man als Allgemeinverfügung.

Zumeist wird jedoch nicht hinreichend klar, daß es sich bei dieser Allgemeinverfügung nicht um einen einzelnen Verwaltungsakt, sondern um eine Mehrzahl von Verwaltungsakten handelt. Dies nicht nur in einem Teil der kartellrechtlichen Literatur, sondern auch bei der Legaldefinition der Allgemeinverfügung in § 35 Satz 2 VwVfG, der allerdings primär Rechtsnorm und Allgemeinverfügung voneinander abgrenzen soll ³⁾. Ebenso mißverständlich zunächst Eyermann/Fröhler ⁴⁾, die dann aber ausdrücklich darauf hin-

1) Kopp, VwVfG, § 35 Anm. 3

2) ders., a.a.O.

3) So die amtliche Begründung zu § 31 EVwVfG (§ 35 VwVfG), 1973, BT-Drs. VII/910.

4) § 42 Rdnr. 31: "Unter Allgemeinverfügung versteht man einen Verwaltungsakt, der einen konkreten Sachverhalt für einen größeren, aber bestimmbaren Personenkreis regelt".

weisen, daß eine Mehrzahl von Verwaltungsakten vorliegt ¹⁾.

Mit einer Mehrheit von Bindungen korrespondiert also eine Mehrheit von Eingriffen, die zusammenfassend als Allgemeinverfügung bezeichnet wird.

Für diese Mehrzahl von Verwaltungsakten kann rechtlich nichts anderes gelten als für einen einzelnen Verwaltungsakt.

II. Allgemeine Eingriffsvoraussetzungen

1. Kausalität der Bindung(en)

Die Kartellbehörde kann nun durch Verwaltungsakt bestimmte Verträge zwischen Unternehmen für unwirksam erklären, soweit durch diese Verträge, d.h. durch sie auferlegte Bindungen, Marktstörungen ausgelöst werden.

Ganz allgemein ist die Zurechnung bestimmter Schadensfolgen zu einem haftbar machenden Verhalten oder Ereignis jedoch nur möglich, wenn der betreffende Schaden oder die betreffende Folge durch dieses Verhalten oder Ereignis verursacht worden ist ²⁾. Auf die vorliegende Problemstellung bezogen bedeutet das, daß eine Marktstörung nach § 18 Abs. 1 lit. a bis c GWB

1) Eyermann/Fröhler, § 42 Rdnr. 32: "Bei der Allgemeinverfügung muß man sich darüber im klaren sein, daß es sich hier rechtlich nicht um einen Verwaltungsakt handelt, sondern daß sovieler Verwaltungsakte vorliegen, als Rechtsträger von der Allgemeinverfügung betroffen sind. Die Allgemeinverfügung summiert Einzelfallregelungen (BVerwG vom 1.8.1958, DVBl. 60, 803) ..."

2) Fikentscher, SR, § 51 I; Enneccerus/Lehmann, § 15 I

nur dann dem Marktverhalten (also der einem anderen auferlegten Bindung) eines Unternehmens zugerechnet werden kann, wenn die Störung durch dieses Verhalten verursacht worden ist. Es muß also ein Kausalzusammenhang zwischen Marktverhalten und Marktstörung bestehen.

Das Kartellgesetz kleidet dieses Postulat der Kausalität bei § 18 Abs. 1 lit. a bis c GWB in die Formulierungen "dadurch" bzw. "durch" ^{1), 2)}.

Diese Kausalität, diese Verursachung ist einfach zu bestimmen, wenn zunächst nur ein Unternehmen einem anderen Unternehmen eine Bindung auferlegt und schon dadurch die Marktstörung hervorgerufen wird. Die Problematik wird komplexer, wenn ein Unternehmen mehreren anderen Unternehmen Bindungen auferlegt oder wenn mehrere Unternehmen jeweils einem oder gar einer Vielzahl von anderen Unternehmen Bindungen auferlegen und dabei Marktstörungen entstehen.

Es zeichnen sich also folgende Möglichkeiten ab:

Marktstörungen, die aus dem marktbeschränkenden Verhalten eines Unternehmens (eines Binders)

- durch Bindung eines anderen Unternehmens (ein Gebundener),
- durch Bindung mehrerer anderer Unternehmen (mehrere Gebundene)

resultieren

1) Aus allgemeinen Erwägungen heraus können auch ohne ausdrückliche Benennung der Kausalität durch das Gesetz nur kausale Schäden bzw. Störungen zugerechnet werden.

2) Müller/Gießler/Scholz, § 18 Anm. 59

und ferner

Marktstörungen, die aus dem marktbeschränkenden Verhalten mehrerer Unternehmen (mehrerer Binder) herrühren,

- durch das Zusammentreffen der von diesen bindenden Unternehmen ausgehenden Bindungen,
- allein durch das Zusammentreffen der Bindungen eines dieser bindenden Unternehmen ¹⁾, wobei daneben noch von anderen Unternehmen ausgehende Bindungen bestehen.

Wenn nun mehrere Bindungen vorliegen, so gilt es dementsprechend, jene Bindung oder Bindungen zu bestimmen und für unwirksam zu erklären, durch die eine konkrete Marktstörung hervorgerufen wird. Es sind also Verursachung und Zurechenbarkeit festzustellen, um sodann die Störungen beseitigen zu können.

1.1 Verursachung

Die einschlägigen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen besagen nicht, nach welchen Kriterien die Verursachung von Marktstörungen zu bestimmen ist. Man muß zur Klärung des Problems deshalb zunächst auf die in der Rechtslehre entwickelten Kausalitätstheorien zurückgreifen.

Bestimmung der Kausalität bedeutet Feststellung von Ursachen.

1) Hier binden zwar mehrere Unternehmen, mindestens eines davon aber schon in einem solchen Ausmaß, daß allein dadurch bereits die Marktstörung ausgelöst wird.

Ursache im wissenschaftlichen Sinne und damit im Sinne der Logik und der Naturwissenschaften ist jedes Ereignis, das nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß damit auch dessen Wirkung in ihrer konkreten Gestalt entfielen; d.h. mit anderen Worten, daß das betreffende Ereignis conditio sine qua non des Erfolges sein muß ¹⁾.

Die Frage nach der Verursachung ist jedoch in vielen Bereichen eine zweifache, so etwa im Zivilrecht, wenn dort zwischen der haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität zu unterscheiden ist. Im ersten Fall muß das jeweilige Verhalten den Tatbestand der haftungsbegründenden Norm erfüllen, im zweiten Fall muß der Schaden gerade eine Folge dieser tatbestandsmäßigen Verletzung sein ²⁾. Wer also beispielsweise den Körper eines anderen verletzt (haftungsbegründende Kausalität), hat den daraus resultierenden Schaden zu ersetzen (haftungsausfüllende Kausalität). Dem Ursachenzusammenhang kommt damit auch in den Ausformungen der Haftungsbegründung und der Folgenzurechnung eine rein negative, nämlich abgrenzende Funktion zu. Die haftungsausfüllende Kausalität steckt insofern den Rahmen der Haftung ab, als nur der aus dem haftbar machenden Verhalten entstandene Schaden zu ersetzen ist ³⁾, während die haftungsbegründende Kausalität dort relevant wird, wo Rechtsvorschriften die Ersatzpflicht nicht an ein bestimmtes Verhalten an sich knüpfen, sondern an die Herbeiführung (Verursachung) eines rechtswidrigen Erfolges, z.B. eine Körperverletzung (§ 823 Abs. 1 BGB). Im letztgenannten Fall muß die Kausalität schon bei der

1) Wolff/Bachof, Bd. I, § 36 III c 1

Blei, Bd. I, § 26 II

Larenz, SR Bd. I, § 27 III a

Esser/Schmidt, SR Bd. I AT Teilband 1, § 33 I 1

2) Larenz, a.a.O.

3) Enneccerus/Lehmann, § 15 I

Feststellung des haftungsbegründenden Tatbestandes selbst untersucht werden ¹⁾.

Im Falle des § 18 GWB ist durch Absatz 1 Nrn. 1 bis 4 das relevante Verhalten eines Binders genau bestimmt, aus dem die "Schadensfolge", also die Marktstörung nach Absatz 1 lit. a bis c, resultieren muß. Ähnlich den obigen Beispielen werden also die Eingriffsvoraussetzungen für die Kartellbehörde nicht ausschließlich an die Herbeiführung eines rechtswidrigen Erfolges geknüpft, sondern auch von einem bestimmten Verhalten abhängig gemacht. Entscheidende Bedeutung kommt damit nicht der Frage nach der haftungsbegründenden Kausalität zu, bedeutsam ist hier die Frage der haftungsausfüllenden Kausalität; also die Feststellung, ob durch eine Bindung nach den Nrn. 1 bis 4 Marktstörungen der lit. a bis c verursacht werden.

1.2 Kausalitätstheorien

Zur Feststellung und Abgrenzung solcher Ursächlichkeit und damit zur Frage nach der Verantwortlichkeit für ein bestimmtes Verhalten sind verschiedene Theorien (Kausalitätstheorien) entwickelt worden, die im folgenden kurz darzustellen sind.

a) Nach der durch v. Buri begründeten Bedingungstheorie ²⁾ ist jede Bedingung im logischen Sinn immer auch Ursache im rechtlichen Sinne ³⁾. Unter Ursache ist dabei jede Bedingung zu verstehen, die zu diesem Erfolg in der Weise beigetragen hat, daß dieser Erfolg ohne

1) Enneccerus/Lehmann, § 15 I

2) auch Conditio-sine-qua-non- oder Äquivalenztheorie

3) Esser/Schmidt, SR Bd. I AT Teilband 2, § 33 I 1; Blei, Bd. I, § 26 IV

die betreffende Bedingung nicht eingetreten wäre ¹⁾. Alle Bedingungen sind gleichwertig, also äquivalent, da jede der Bedingungen *conditio sine qua non* ist ²⁾. Dieser Lehre ist jegliche Wertung fremd; es kommt ihr auf die bloße Feststellung an, ob der Erfolg tatsächlich auf einem Verhalten, Zustand etc. beruht. Ursächlich bleibt danach ein Handeln selbst dann, wenn es rechtmäßig ist ³⁾.

Diese Theorie führt zu einer äußerst weit gesteckten Zurechnung, so etwa, wenn danach die Erzeugung des Mörders Ursache für den Tod des Opfers ist. Mit Hilfe der Bedingungs- oder Äquivalenztheorie kann also aus einem bestimmten Lebenssachverhalt die Vielzahl jener Bedingungen herausgefunden werden, deren Gesamtheit an sich die Ursache ausmacht. Da dieser Kausalitätsbegriff jedoch ins Uferlose führt, sind abseits gelegene Ursachen auszuschließen oder bestimmte Ursachen auszuwählen ⁴⁾.

Dies geschieht im Strafrecht über das Institut der Schuld, das jedoch in den Bereichen des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts ganz oder teilweise fehlt, so daß andere Einschränkungen getroffen werden müssen.

b) Nach der Adäquanztheorie ist Ursache nur diejenige Bedingung, die mit dem eingetretenen Erfolg (Schaden) in einem adäquaten, d.h. angemessenen Zusammenhang steht. Ein Ereignis, das im allgemeinen juristischen Sinn *conditio sine qua non* ist, kommt dementsprechend

1) Esser/Schmidt, SR Bd. I AT Teilband 2, § 33 I 1; Fikentscher, SR, § 51 II

2) v. Staudinger, Vorbem. 25 zu § 249

3) Esser/Schmidt, a.a.O.

4) Wolff/Bachof, Bd. I, § 36 III 1
Larenz, SR Bd. I, § 27 III a

nur dann als Ursache in Betracht, wenn es seiner allgemeinen Natur nach geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen. Nicht als Ursache im Sinne der Adäquanztheorie ist eine Bedingung anzusehen, die ihrer allgemeinen Natur nach für die Entstehung des eingetretenen Schadens gleichgültig ist und ihn nur infolge einer ganz außergewöhnlichen Verkettung von Umständen mitherbeigeführt hat ¹⁾. Der Eintritt der Folge darf nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegen ²⁾.

Negativ ausgedrückt bedeutet das, die Möglichkeit des Schadenseintritts darf nicht so entfernt sein, daß sie nach allgemeiner Lebensauffassung vernünftigerweise nicht in Betracht gezogen werden kann ³⁾.

Positiv gefaßt muß das betreffende Ereignis allgemein geeignet sein, einen Erfolg wie den eingetretenen herbeizuführen; es muß die Möglichkeit eines Erfolges dieser Art generell nicht unerheblich erhöht haben ⁴⁾.

Häufig werden beide Formeln zusammengefaßt: Danach ist adäquater Kausalzusammenhang gegeben, wenn eine Handlung oder Unterlassung im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung eines eingetretenen Erfolges geeignet gewesen ist ⁵⁾.

Adäquanz ist nicht gleichbedeutend mit Voraussehbarkeit des Kausalzusammenhanges; denn diese Theorie er-

1) Enneccerus/Lehmann, § 15 III 2

2) Larenz, SR Bd. I, § 27 III b

3) Palandt, Vorbem. 5 b aa v. § 249

4) ders., a.a.O.

5) v. Staudinger, Vorbem. 27 zu § 249

fordert nicht, daß der Schädiger den konkreten Erfolg voraussah oder voraussehen konnte oder daß er gar alle Bedingungen des Erfolges vorausgesehen hat ¹⁾, entscheidend ist die objektive Erkennbarkeit. Während das RG der objektiven Betrachtung ex ante folgte ²⁾, hat sich demgegenüber der BGH für die sog. nachträgliche objektive Prognose ausgesprochen, um damit auf die Adäquanz zu schließen ³⁾.

Eine genauere Betrachtung der Adäquanztheorie zeigt, daß es sich dabei nicht um eine von der Äquivalenztheorie grundsätzlich verschiedene Kausalitätsbetrachtung handelt, sondern zur allgemeinen Kausalitätsfeststellung der Äquivalenztheorie eine Begrenzung der Tatzurechnung tritt. Damit stellt diese Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang keine eigenständige Kausalitätstheorie dar, sondern ist lediglich eine Richtschnur zur Begrenzung der Tatzurechnung ⁴⁾. So versteht auch die Zivilrechtsprechung diese Adäquanz als eine aus § 242 BGB herzuleitende Zurechenbarkeit unter Billigkeitsgesichtspunkten ⁵⁾.

c) Da die auf eine Wahrscheinlichkeitsbetrachtung ausgerichtete Adäquanztheorie im Ergebnis nur bei ganz unwahrscheinlichen Schadensverläufen zu einem Haftungsausschluß des Schädigers gelangen kann, haben Rechtsprechung und Lehre zur Adäquanztheorie weitere haftungsbegrenzende Kriterien entwickelt und damit die Adäquanzformel durch eine wertende Beurteilung ergänzt. Man fordert deshalb als zusätzliche Voraus-

1) v. Staudinger, Vorbem. 27 zu § 249

2) Esser/Schmidt, SR Bd. I AT Teilband 2, § 33 II 1.1

3) BGHZ 3, 261 ff (266 f)

4) Wolff/Bachof, I § 36 III c 2
Palandt, Vorbem. v. § 249 5 b bb

5) BGHZ 3, 267

setzung für eine Schadensersatzpflicht einen sog. Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen haftungsbe gründendem Ereignis und Schaden, der nur dann vor- liegen soll, wenn der eingetretene Schaden nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der ver- letzten Norm fällt ¹⁾. Dieser Theorie vom Normzweck liegt der Gedanke zugrunde, daß jede gesetzliche Pflicht bestimmten Interessen dient und nur der Schaden dem Schädiger zugerechnet werden darf, der diesen geschützten Interessen zugefügt wird.

So verlangt das Gesetz beispielsweise in § 823 Abs. 2 BGB schon für die Feststellung, daß ein Haftungsgrund vorliegt, eine dahingehende Prüfung, ob der Verletzte zum geschützten Personenkreis gehört und weiter, ob die Entstehung eines derartigen Schadens zu jenen Ge- fahren gehört, vor denen die Norm schützen will.

d) Die Relevanztheorie schließlich unterscheidet noch strenger zwischen Kausalität und Haftung. Während sie hinsichtlich der Kausalfrage am allgemeinen Kausalbe- griff festhält, bestimmt sie die Haftungs- und Ver- antwortungsfrage ausschließlich nach dem jeweiligen Sinn der einzelnen inmitten stehenden Tatbestände ²⁾.

Das bedeutet für das Gebiet des Strafrechts eine Be- stimmung nach dem Sinn der jeweiligen Straftatbe- stände ³⁾, so daß sich im allgemeinen diese straf- rechtlichen Tatbestände auf erfahrungsgemäß generell geeigneten Bedingungen des Erfolges beschränken ⁴⁾.

1) Palandt, Vorbem. 5 c v. § 249

2) Blei, Bd. I, § 26 VI;
Wolff/Bachof, I § 36 III c. 3

3) Blei, a.a.O.

4) ders., a.a.O.

Auf bestimmten Gebieten des Verwaltungsrechts, so z.B. im Unfallversicherungs-, Kriegsopfer- und Impfrecht, wird auf die wesentliche Ursache abgestellt. Dabei sind nur solche Ereignisse oder Handlungen ohne Rücksicht auf ihre (abstrakte) Vorhersehbarkeit relevant, die wegen ihrer besonderen Beziehung zum Erfolg zu dessen Eintritt in concreto wesentlich mitgewirkt haben ¹⁾. Die Frage, welche der Ursachen nun wesentlich ist, kann nicht mehr durch allgemeine Kausalitätstheorien, sondern nur unter Abwägung aller Einzelbedingungen nach dem Sinn des jeweiligen gesetzlichen Tatbestandes beantwortet werden. Es kommt also darauf an, welche der oft zahlreichen Geschehnisse den gesetzlichen Tatbestand erfüllt haben und damit die Haftung auslösen ²⁾.

Die wesentliche Ursache braucht dem Schaden nicht adäquat zu sein; jede von mehreren Bedingungen, die in annähernd gleicher Weise auf den Erfolg hingewirkt haben, ist Mitursache im Rechtssinn ³⁾. Danach liegt z.B. auch dann ein Dienstunfall vor, wenn das dienstliche Ereignis nicht die einzige, aber die wesentliche Ursache war ⁴⁾.

Während die Adäquanztheorie danach fragt, ob eine Tatsache im allgemeinen für die Herbeiführung eines Erfolges geeignet war und damit ein generalisierendes Moment ⁵⁾ enthält, ist der Relevanztheorie eine solche Betrachtung fremd. Denn die hier entscheidende Frage, ob eine Bedingung wesentlich ist, kann sich nicht danach beantworten, welcher Wert der Bedingung im allgemeinen beizumessen ist. Zur Ermittlung der wesentlichen Bedingung sind vielmehr alle Einzelbedingungen,

1) BSGE 1, 72 ff (76)

2) Wolff/Bachof, I § 36 III c 3

3) dies., a.a.O.

4) OVG Münster E 12, 273

5) BSGE 11, 50

die zu einem Erfolg geführt haben, gegeneinander abzuwägen; es ist festzustellen, welcher Wert jeder einzelnen Bedingung im Verhältnis zu den übrigen Bedingungen zukommt und welche Bedingung die überragende Bedeutung hat ¹⁾.

Die Unterschiede in der Betrachtungsweise von Adäquanz- und Relevanztheorie ergeben sich aus der Verschiedenheit der zu beurteilenden Lebensvorgänge. Denn während die Kausalitätsfragen im Zivilrecht darauf abzielen, ob einer Person, die eine Bedingung zu dem bei einer anderen Person eingetretenen Schaden gesetzt hat, der schädliche Erfolg billigerweise noch zuzurechnen ist und der Geschädigte dementsprechend vom Schädiger Schadensersatz verlangen kann, geht es demgegenüber im Unfallrecht etc. nicht um Schadensersatz, sondern um sozialen Ausgleich, also um Fürsorge im weitesten Sinne. Die Frage der Ursächlichkeit stellt sich im Sozialrecht nicht im Hinblick auf menschliches Verhalten; Ausgangspunkt der Überlegungen zur Kausalität kann hier vielmehr nur die Lage des Geschädigten sein ²⁾.

1.3 Verursachung durch ein oder mehrere Unternehmen

Soweit nun schon eine einzelne, von einem Unternehmen ausgehende Bindung den Tatbestand des § 18 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 GWB erfüllt und Marktstörungen nach lit. a bis c bewirkt, ist ganz offenkundig diese Bindung nicht nur *conditio sine qua non*, sondern auch adäquate Bedingung dieser Störung ³⁾.

Denn einmal kann sie nicht hinweggedacht werden, ohne daß der konkrete Erfolg, die Marktstörung entfiel,

1) Schlegel, DVBl. 1962, 8 ff (10)

2) ders., a.a.O.

3) Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 76

zum anderen ist sie ihrer allgemeinen Natur nach geeignet, den Markt zu beschränken und zu stören. Diese Bindung ist zudem auch wesentliche Ursache im Sinne der Relevanztheorie, weil sie zum Eintritt der Marktstörung führt.

Adressaten- oder Haftungsprobleme, also besondere Fragen zur Feststellung und Auswahl der zu suspendierenden Bindung, treten hier nicht auf.

Weit häufiger ist jedoch jene Fallgestaltung anzutreffen, bei der ein Unternehmen mit mehreren Bindungen eine Mehrzahl von Geschäftspartnern bindet und dadurch Marktstörungen entstehen.

Als Beispiel mag hier der Fall dienen, in dem ein Hersteller allen seinen Großhändlern parallele Bindungen auferlegt ¹⁾. Sowohl nach der Äquivalenztheorie als auch nach der Adäquanzlehre wird deutlich erkennbar, daß hier nicht die mit dem einzelnen Grossisten vereinbarte Bindung für die Marktstörung bestimmend ist. Denkt man sich nämlich, um bei dem genannten Beispiel zu bleiben, von einem Hersteller und fünfzig Großhändlern ausgehend, nur eine Bindung weg, so ist damit die Marktstörung noch nicht beseitigt. Dieses Subtraktionsverfahren ist vielmehr solange fortzusetzen, bis diese Bindungen in einer solchen Anzahl entfallen, daß der Markt in relevantem Umfang wieder geöffnet ist. Daraus wird deutlich, daß erst die Vielzahl der Bindungen in ihrem Zusammenwirken eine Störung verursacht. Kausal ist also nicht (nur) die einzelne Bindung, sondern die Vielzahl, das System der Bindungen ²⁾. Da im Sinne der Relevanztheorie jede von mehreren Bedingungen, die in annähernd gleicher Weise auf den Erfolg hingewirkt haben, Mit-

1) Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 76

2) ders., a.a.O.; Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 59, 77

ursachen im Rechtssinne sind, ist auch danach eine (relevante) Verursachung gegeben.

Das Problem verschärft sich, wenn auf dem Markt nun Bindungen zusammentreffen, die von verschiedenen Unternehmen (Bindern) ausgehen.

Obwohl auch hier unterschieden werden könnte, ob jeweils einzelne Bindungen, ganze Bindungssysteme oder einzelne Bindungen mit Systemen verschiedener Unternehmen kumulativ zusammentreffen, bedingt eine solche Differenzierung zunächst keine andere Art und Weise systematischer Betrachtung. Denn zum einen kann sowohl eine Bindung als auch ein ganzes System von Bindungen suspendiert werden, zum anderen resultiert die Problematik auch hier aus der Kumulation der auferlegten Beschränkungen.

1.4 Meinungsstand

Entsprechend der Vielschichtigkeit dieses Problemkreises werden auch völlig divergente Meinungen vertreten:

Der Frankfurter Kommentar reduziert die Problematik auf reine Kausalitätsfragen und geht dabei von zwei Fallgruppen aus ¹⁾, wonach sich die Marktauswirkungen auf das

- Zusammenwirken einer Mehrzahl von Bindungen
oder das
- Zusammentreffen bestimmter Bindungen mit anderen Umständen

1) Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 75 ff.

zurückführen lassen sollen ¹⁾.

Bindet dementsprechend ein Unternehmen eine Mehrzahl von Geschäftspartnern (Fallgruppe 1), so ist für die Auswirkungen nicht die einzelne Bindung kausal, sondern das Bindungssystem des Unternehmens ²⁾.

Auf der nach oben dargestellter Einteilung nächsten Stufe wirken Bindungen eines Unternehmens mit sog. anderen Faktoren zusammen (Fallgruppe 2). Dabei werden dann weitere Untergruppen gebildet ³⁾:

- (a) Die beanstandete Bindung ist isoliert betrachtet harmlos, führt aber wegen bereits bestehender besonderer Verhältnisse zur Marktstörung;
- (b) die beanstandete Bindung zeigt die mißbilligten Auswirkungen erst auf Grund späterer, ihrerseits der Kontrolle der Kartellbehörde unterliegenden Vereinbarungen;
- (c) die Auswirkungen der Bindungen folgen aus einer späteren Veränderung der Verhältnisse, die nicht der Kontrolle der Kartellbehörde unterliegen.

Im Fall zu (a) läßt man eine Suspendierung der an sich harmlosen Bindung durch die Kartellbehörde zu, wenn sie im Zusammenwirken mit bereits gegebenen Faktoren eine Marktstörung indiziert. Als Beispiel wird eine Situation angeführt, in der der Markt bereits durch vorhandene Beschränkungen behindert ist, aber erst die zuletzt eingeführte Bindung die letzten Bezugsquellen verschließt.

1) Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 75

2) ders., a.a.O., Tz. 76

3) ders., a.a.O., Tz. 77

Diese zuletzt eingeführte Bindung sei somit anders zu beurteilen als frühere, denn jedes Unternehmen habe die Verhältnisse so hinzunehmen, wie es sie vorfinde¹⁾.

Im Fall zu (b) bei dem die Störung nicht auf bestimmte Bindungen eines bestimmten Unternehmens zurückzuführen ist, sondern gleichermaßen auch auf andere bestehende Wettbewerbsbeschränkungen, könne nur jene Vereinbarung suspendiert werden, die für das beanstandete Ereignis wirklich kausal gewesen sei. Das wäre in aller Regel die zuletzt getroffene Vereinbarung, durch die der - allerdings schon vorher eingeengte - Markt nun wesentlich beeinträchtigt werde.

Die Kartellbehörde könne also nicht gegen die früheren Bindungen, sondern nur gegen die zuletzt vereinbarte vorgehen^{2), 3)}.

Der Fall zu (c) betrifft Bindungen, die zunächst eindeutig nicht die in § 18 GWB genannten Auswirkungen haben, später aber auf Grund tatsächlicher Entwicklungen, die sich einer Kontrolle der Kartellbehörde entziehen, zu Störungen führen, wenn also z.B. jene Hersteller, die keine Bindungen auferlegt hatten, ihre Produktion einstellen und somit nur noch ein Bezug über bindende Unternehmen möglich ist. In dieser Bindung sei zwar eine *conditio sine qua non* und in diesem Sinne auch eine Kausalität zu sehen, sie sei aber nicht der Grund, der zu diesem Zustand führte, denn die Bindung bestand schon, bevor es zu den mißbilligten Auswirkungen kam. Diese Auswirkungen seien deshalb nicht

1) Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 78 und Ergänzung zu Tz. 78

2) ders., a.a.O., Tz. 79

3) In der Ergänzung zu Tz. 79 findet sich jetzt der Hinweis auf die abweichende Auffassung des BKartA, WuW/E 1208 ("Kraftfahrzeugpflegemittel").

in dem Sinn durch die beanstandete Bindung verursacht worden, daß diese sie herbeiführt. Hierauf müsse es aber ankommen. Entscheidend sei, daß die Parteien eines Bindungsvertrages in der Lage sein müßten, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzusehen, ob dieser Vertrag volle Wirksamkeit entfalten könne oder ob er unter dem Vorbehalt einer Aufhebung durch die Kartellbehörde stehe. § 18 GWB betreffe nicht Verträge, die ihrem Inhalt nach vom Gesetz mißbilligt würden und etwa nur ausnahmsweise zugelassen wären; das Verhältnis von Regel und Ausnahme sei gerade umgekehrt. Die Kartellbehörde könne demnach nicht Bindungen für unwirksam erklären, wenn nicht diese, sondern eine Änderung der Verhältnisse die Störungen unmittelbar herbeigeführt hätten ¹⁾.

Dieser vom Frankfurter Kommentar vertretenen Meinung treten Müller/Gießler/Scholz entgegen ²⁾.

Ausgehend von der Kausalität, Marktstörung "durch" eine der in den Nrn. 1 bis 4 bezeichneten Bindungen, behandeln sie zunächst jene Marktsituation, bei der nur eine Bindung mit unmittelbarer Wirkung in Frage kommt ³⁾.

Sodann dringt man zum eigentlichen Problem vor, bei dem die schädigende Wirkung erst durch das

- Zusammenwirken mehrerer Bindungen
- oder das
- Zusammentreffen mit besonderen Marktumständen

1) Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 80

2) Müller/Gießler/Scholz, § 18 Anm. 59 ff

3) dies., a.a.O., Anm. 59

bedingt ist ¹⁾. Dabei sei auch die nachträgliche Veränderung von Marktumständen zu berücksichtigen, so daß eine zunächst unbedenkliche Bindung später durch eine Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt der Unwirksamkeitserklärung verfallen könne ²⁾.

Sodann wenden sich die Verfasser gegen die Einengung des anerkannten Kausalitätsbegriffs der *Conditio-sine-qua-non*-Theorie durch den Frankfurter Kommentar ³⁾, der annimmt, der eigentliche Grund für die Wettbewerbsbeschränkung liege in der Veränderung der Verhältnisse, nicht aber in der früher unbedenklichen Bindung, so daß eine Unwirksamkeitserklärung nach § 18 GWB mangels Kausalität nicht in Betracht komme. Diese Ansicht übersehe den Zweck des § 18 GWB, Marktzugangsfreiheit und Funktion des Wettbewerbs im Gemeininteresse vor erheblichen Beschränkungen zu schützen. Weiter werde hier fast eine Verschuldensprüfung in den objektiven Kausalitätsbegriff hineingetragen, die mit Zweck und System des GWB nicht vereinbar sei ⁴⁾.

Die Einführung einer Bindung entsprechend § 18 GWB sei grundsätzlich zulässig - und zwar ohne Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen durch den Binder. Hätten im Zeitpunkt der Einführung der Bindung die Eingriffsvoraussetzungen (Marktsituation) schon vorgelegen, so wäre eine Aufhebung der Bindung nach § 18 GWB indiziert gewesen und zwar unabhängig davon, ob der Binder diese Umstände kannte oder dafür verantwortlich war. Es könne aber keinen Unterschied begründen, ob sich diese Umstände erst später geändert hätten. Die Betrachtung habe zur Erreichung des Gesetzeszweckes

1) Müller/Gießler/Scholz, § 18 Anm. 59

2) dies., a.a.O.

3) Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 80

4) Müller/Gießler/Scholz, a.a.O., Anm. 60

vollständig objektiviert zu erfolgen. Der Binder müsse die Aufhebung einer einmal in zulässiger Weise eingeführten Bindung hinnehmen, die ja stets eine - wenn- gleich auch nicht unbillige oder wesentliche - wettbewerbsbeschränkende Wirkung gehabt habe. Das sei deshalb zumutbar, weil den Eigeninteressen des Binders überragende Gemeininteressen gegenüberstünden und seinem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten durch die Wettbewerbsordnung inhaltlich von Anfang an Schranken gesetzt gewesen seien. Wer den Wettbewerb einschränke, müsse sich eine Aufhebung dieser Einschränkung gefallen lassen, wenn sie durch Änderung der Marktverhältnisse die Wettbewerbsordnung störten. Mit einer solchen Veränderung sei aber immer zu rechnen ¹⁾.

Für Korrekturen dieser Ergebnisse sei nur im Rahmen von Zumutbarkeitserwägungen bei Prüfung der Unbilligkeit breiterer Raum ²⁾.

Kausalität ist dementsprechend nach Müller/Gießler/Scholz ³⁾ gegeben, wenn ein Unternehmen ein ganzes Bindungssystem aufgebaut hat.

Obwohl stark umstritten, sei das auch dann der Fall, wenn mit den entsprechenden Marktfolgen der lit. a bis c Bindungssysteme mehrerer Binder zusammenträfen.

Für lit. a ergäbe sich das aus dem Willen des Gesetzgebers, der gerade auf das Zusammentreffen mehrerer Bindungssysteme habe abstellen wollen.

Für lit. b habe das BKartA mit Recht eine mitwirkende Kausalität genügen lassen. Das von der Gegenmeinung meist benutzte Argument, parallele Bindungssysteme

1) Müller/Gießler/Scholz, § 18 Anm. 60

2) dies., a.a.O.

3) § 18 Anm. 61

anderer Wettbewerber dürfen nicht zugerechnet werden, übersähe, daß dieser Gesichtspunkt nicht bei der Kausalität, sondern erst beim behördlichen Eingriff zum Tragen komme.

Für lit. c sei allgemein eine gebündelte Betrachtung anerkannt ¹⁾.

Entgegen dem Frankfurter Kommentar ²⁾ sei nicht das zeitliche Moment für die Kausalität ausschlaggebend, denn dem Kausalitätsbegriff sei ein Zeitfaktor nicht wesenseigen. Kausal sei allein jene Bindung, die nicht hinweggedacht werden könne, ohne daß dadurch zugleich auch die Gesamtwirkung entfiere. Das treffe aber für die später eingeführte Bindung ebenso zu wie für die frühere. Unter gleichermaßen kausalen Bindungen sei dann die Auswahl nach sachlichen Gesichtspunkten zu treffen. Dabei sei regelmäßig jene Bindung mit den schwersten Auswirkungen herauszugreifen, wobei allerdings Fragen der Zumutbarkeit für Binder und Gebundenen zu berücksichtigen seien. Es müsse daher stets eine wertende, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierte Entscheidung getroffen werden ³⁾.

Nach einer von Schwartz im Gemeinschaftskommentar vertretenen Meinung kann die Kartellbehörde bei einer Häufung von Bindungen durch das gleiche Unternehmen das ganze System des Binders für unwirksam erklären ⁴⁾, während beim Zusammentreffen gleichartiger Bindungssysteme mehrerer Unternehmen, also der Frage nach dem Gesamttatbestand nach den jeweiligen Marktfolgen zu differenzieren sei. Trotz zweifacher Novel-

1) Müller/Gießler/Scholz, § 18 Anm. 62

2) § 18 Tz. 79

3) Müller/Gießler/Scholz, a.a.O., Anm. 63

4) § 18 Anm. 59

lierung habe der Gesetzgeber eine Klarstellung unterlassen, so daß aus der mit der Novelle 1973 erfolgten Vorschaltung von lit. a, die auf ein Zusammentreffen mehrerer Bindungen abstelle, die Argumentation genährt werde, bei lit. b und c komme das nicht in Betracht. Für lit. b könnten dem bindenden Unternehmen die Ausschließlichkeitssysteme seiner Wettbewerber nicht zugerechnet werden, weil ihm das Verhalten anderer Unternehmen bei der Bewertung der Unbilligkeit nicht anzulasten sei ¹⁾. Schwartz ²⁾ gelangt schließlich aber für lit. c zur Beurteilung der Gesamtheit der Bindungen, da sich der Sinn dieser Variante erst am Bündel erfülle. Bei lit. a schlosse der Wortlaut der Vorschrift eine Gesamtbetrachtung der von mehreren Unternehmen auferlegten Bindungen nicht aus, doch bedürfe bereits die Vielzahl der vom gleichen Unternehmen ausgehenden Bindungen der individuellen Prüfung hinsichtlich einer Unbilligkeit, so daß dem einzelnen Binder parallele Ausschließlichkeitssysteme seiner Wettbewerber erst recht nicht zugerechnet werden könnten ³⁾.

Langen/Niederleithinger/Schmidt ⁴⁾ vertreten die Auffassung, daß hinsichtlich aller gesetzlich erfaßter Marktfolgen eine Verursachung durch verschiedene Binder ausreichen muß, um eine kartellbehördliche Unwirksamkeitserklärung auszulösen.

Der Gesetzeswortlaut bedinge mit lit. a keine restriktive Auslegung, die zudem dem Zweck der Vorschrift zuwiderlaufen würde, die für eine gesamte Branche oder einen wesentlichen Teil davon typischen Bindungen zu

1) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 65

2) a.a.O., § 18 Anm. 67

3) ders., a.a.O., Anm. 78

4) § 18 Anm. 117; 124 f; 151 f

erfassen ¹⁾. Ebenso verhalte es sich in bezug auf lit. b; die Formulierung "dadurch" deute nur auf den notwendigen Ursachenzusammenhang zwischen Bindungen und Marktfolgen hin, wofür aber bereits mitwirkende Kausalität genüge. Schließlich stehe das Tatbestandsmerkmal "unbillig" einer solchen Auslegung nicht entgegen, da es sich dabei nicht um ein individuelles Werturteil handle ²⁾. Bei lit. c sei von der Gesamtwirkung gleichartiger Bindungssysteme für den Wettbewerb auf dem Markt auszugehen; alle gleichartigen Bindungen oder Bindungssysteme seien als mitursächlich für die Marktfolgen anzusehen ³⁾.

Auch Rasch/Westrick/Loewenheim beziehen klare Stellung dahingehend, daß bei allen Marktfolgefällen die sog. Bündeltheorie gelte, also das Zusammentreffen von Bindungen verschiedener Binder mit der inkriminierten Marktfolge das kartellbehördliche Einschreiten auslösen könne ⁴⁾. Die Marktfolge nach lit. a orientiere sich nicht an Zurechenbarkeitskriterien, wolle nicht persönliches Fehlverhalten sanktionieren, sondern Ursachen objektiv gefährlicher Wettbewerbsbeschränkungen beseitigen ⁵⁾. In bezug auf die Marktfolge lit. b gelten nach Rasch/Westrick/Loewenheim ⁶⁾ dieselben Überlegungen.

Nach Emmerich ⁷⁾ ist eine zutreffende Beurteilung der von den Bindungen ausgehenden Marktfolgen nur möglich, wenn auch die vergleichbaren Bindungssysteme anderer

1) Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 18 Anm. 117

2) dies., a.a.O., Anm. 124 ff

3) dies., a.a.O., Anm. 151 f

4) § 18 Anm. 30; 40; 44

5) dies., a.a.O., Anm. 30

6) a.a.O., Anm. 40

7) S. 112

Unternehmen in die Betrachtung einbezogen werden. Nicht nur im Falle der lit. c, sondern in sämtlichen Fällen des § 18 GWB sei deshalb eine Gesamtschau geboten. Emmerich führt ¹⁾ weiter aus, daß bei der Anwendung des § 18 in verstärktem Maße auf den generellen Gesetzeszweck abgestellt werden sollte, die Märkte offenzuhalten und dadurch den Wettbewerb zu schützen.

Nach Helm ²⁾ braucht sich die Kartellbehörde bei der Beurteilung nicht auf einen einzelnen Vertrag oder das Vertragssystem eines einzelnen Binders zu beschränken; sie kann berücksichtigen, daß gleichartige Bindungen vieler Binder zusammentreffen.

Lipps ³⁾ scheint zunächst von einer Gesamtkausalität der von verschiedenen Unternehmen auferlegten Bindungen auszugehen, wenn er die Frage aufwirft, welche Bindungen die Kartellbehörde nun für eine Unwirksamkeitserklärung herausgreifen solle. Die Suspendierung aller Verträge werde unverhältnismäßig sein; jeder einzelne Binder werde sich dann aber darauf berufen können, daß seine Bindungen allein nicht wesentlich seien, sondern erst durch die Kumulation mit anderen wesentlich würden. Das richtige Maß des behördlichen Eingreifens werde schließlich schwer zu beurteilen und im Regelfall mit Erfolg anzugreifen sein.

Lipps ⁴⁾ führt sodann in bezug auf die Marktfolgenprüfung aus, daß diese Problematik jetzt durch lit. a etwas entschärft sei, weil damit den einzelnen Adressaten der kartellbehördlichen Maßnahmen die Berufung

1) S. 112 f

2) Rdnr. 123

3) Tz. 157

4) a.a.O.

auf die Unwesentlichkeit ihrer Bindungen abgeschnitten sei. Eine solche Einredemöglichkeit werde jedoch mit Absatz 2 für lit. b eröffnet, die aber nicht auch für lit. c gelten könne.

Belke ¹⁾ vertritt zu der neuen Eingriffsvoraussetzung lit. a die Auffassung, daß die maßgebliche Zahl von Bindungen nach Sinn und Wortlaut der Vorschrift durch das Zusammentreffen gleichartiger Bindungen verschiedener Unternehmen erreicht werden könne, also die sog. Bündeltheorie gelte. Die Eingriffsbefugnis der lit. a erlaube somit die Gesamtbetrachtung von Bindungssystemen mehrerer Unternehmen, die den Markt branchenweit mit einem Netz gleichartiger Bindungen überzogen haben, mögen auch die bindenden Unternehmen für sich betrachtet nur geringe Marktanteile besitzen.

Biedenkopf ²⁾ geht von Gesamtkausalität aus, wenn bei einem Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch aus §§ 35, 18 GWB jene Fälle einander gleichgestellt werden, bei denen die Behinderung eines Dritten auf die Ausschließlichkeitsbindungen eines oder mehrerer Unternehmen zurückzuführen ist. Denn infolge der tatsächlichen Beschränkung befinde sich der Dritte in beiden Fällen in der gleichen Lage.

Nach Koenigs ³⁾ sind bei der 2. Alternative der alten Fassung (lit. c) die Bindungen oder Bindungssysteme nicht einzeln zu würdigen, sondern es ist von der Gesamtwirkung der gleichartigen Bindungssysteme für den Wettbewerb auf dem Markt auszugehen. Dies folge u.a. aus der Fassung und dem Zweck des Gesetzes.

1) ZHR 138 (1974), 227 ff (250 f)

2) S. 228 f

3) S. 301 ff (325 ff)

Eine solche Gesamtbetrachtung sei auch bei der 1. Alternative (lit. b) veranlaßt, da neben den o.g. Gründen das Gesetz auch hier keine Alleinverursachung durch einen Binder verlange und eine Zurechnung des gleichartigen Verhaltens anderer Unternehmen zur Begrenzung der eigenen Handlungsfreiheit auch sonst in unserer Rechtsordnung durchaus üblich sei.

Knöpfle ¹⁾ hält für die alte Fassung des § 18 GWB hinsichtlich der jetzt als lit. b und c aufgeführten Varianten eine Bündelung der von einem Unternehmen auferlegten gleichartigen Bindungen für zulässig.

Eine Bündelung der von mehreren Unternehmen abgeschlossenen Verträge komme jedoch bei beiden Varianten (lit. b und c) nicht in Betracht, weil die Erschwerung des Marktzutritts für dritte Unternehmen bzw. die Beeinträchtigung des Wettbewerbs in dem relevanten Umfang nicht von dem einzelnen Binder ausgelöst werde.

Auch Lehmpfuhl ²⁾ wendet sich für den Fall des zufälligen Zusammenwirkens mehrerer Bindungen zu einer wesentlichen Beschränkung dagegen, die von anderen Bindungssystemen gesetzten Ursachen dem neu hinzutretenden Bindungssystem als Mißbrauchstatbestand anzulasten. Denn dies solle gegen den Kausalitätsgrundsatz verstoßen, wonach nur der Ursachenzusammenhang zwischen konkreter Wettbewerbsbeschränkung und Wettbewerbsbeeinträchtigung maßgeblich sei. Es würde zudem ältere Bindungen präferieren.

Sandrock ³⁾ zeigt zunächst drei Lösungen auf, indem er die möglichen Adressaten der Unwirksamkeitserklärung benennt; nämlich alle, die zuletzt eingeführten

1) S. 203 ff

2) S. 57

3) S. 478

oder einige wenige ausgewählte Bindungen. Wenn er sich dann für die letzte dieser Möglichkeiten entscheidet, wonach nur eine bestimmte Anzahl ausgewählter Bindungen für nichtig erklärt werden kann, so erkennt er damit inzidenter eine Zurechnung der Kumulationswirkung, eine Gesamtkausalität an.

Das BKartA ¹⁾ vertritt schließlich die Auffassung, daß die beiden Alternativen der alten Fassung des § 18 GWB (lit. b und c) Wortlaut, Sinn und Zweck des Gesetzes eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung mit der Folge erfordern, daß die Gesamtheit gleichartiger Bindungssysteme zugrunde zu legen ist, gleich ob diese von einem einzelnen oder von verschiedenen Unternehmen ausgehen würden.

1.5 Ursachenkonkurrenz

Wenn Bindungen zusammentreffen, die von mehreren Unternehmen ausgehen, so stellt sich die Frage, welches Unternehmen im Einzelfall kausal gehandelt hat. Zunächst ist also die Frage der Ursachenkonkurrenz zu klären.

a) Verschiedentlich sind Versuche unternommen worden, den einzelnen Ursachen besondere Wertigkeiten zu verleihen und danach ihre Rechtserheblichkeit zu bestimmen. Birkmeyer ²⁾ stellte auf die "besondere Wirksamkeit" der natürlichen Ursachen ab, Binding ³⁾ wollte sie nur berücksichtigen, wenn sie "ausschlaggebend" gewesen seien. Man erkannte aber bald die Aussichts-

1) WuW/E BKartA 1199 ff (1207 ff), "Kraftfahrzeugpflegemittel"

2) GS 37 (1885), 257 ff (272 ff)

3) Bd. I, S. 112 ff

losigkeit dieser Bemühungen. Weiter konnte die rechtliche Relevanz einer Bedingung weder räumlich noch zeitlich in der Weise bestimmt werden, welche Bedingung als causa proxima die unmittelbare oder nächste Bedingung eines Erfolges sei. Denn auch eine Kettenverursachung, die sich erst über eine Reihe von Kausalfaktoren auswirkt, kann rechtlich bedeutsam sein, während eine unmittelbar den Erfolg auslösende Bedingung vollkommen zufällig und damit juristisch irrelevant sein kann ¹⁾. Die Existenz einer wirksamsten Ursache ist deshalb mit Esser ²⁾ zu verneinen.

Entscheidend ist allein die Frage, wann die Ursächlichkeit eines Ereignisses rechtserheblich sein soll und wann nicht. Hier handelt es sich ausschließlich um ein Problem rechtlicher Wertung.

Wenn nun weder eine "wirksamste Ursache" noch eine "nächste Bedingung" anzuerkennen sind, so ist von mehreren realen Ursachen jede relevant; das bedeutet also volle Zurechnung bei einmal gesetzter (adäquater) Verursachung. Es kann keine Entlastung durch Vorbedingungen und mitwirkende Faktoren stattfinden, nicht einmal durch nachfolgende Ereignisse (z.B. Eingriffe Dritter), sofern diese nicht völlig außerhalb des ursächlich eingeleiteten Schadensverlaufs stehen ³⁾. Eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges kann hier nicht erfolgen, da die Erstursache latent weiterwirkt.

Konkurrieren mehrere Ursachen, so wird die einmal begründete Zurechnung prinzipiell nicht durch die zusätzliche Verantwortung weiterer Urheber aufgehoben. Alle Schädiger haften solidarisch, gleich-

1) Esser, SR Bd. I, 4. Aufl., § 44 II 1 a

2) a.a.O., § 44 II 2

3) Palandt, Vorbem. 5 e aa v. § 249

gültig ob sie als selbständige Urheber oder nur als Mittäter in Betracht kommen ¹⁾.

b) Wenn es nun bei einmal vorliegender Verursachung keine Rolle spielen kann, daß die einzelne Handlung den Schaden nicht allein herbeigeführt hat, zur Auslösung des Schadens vielmehr noch der Eintritt eines weiteren Ereignisses erforderlich war, so bedeutet dies die Anerkennung einer Gesamtkausalität. Dabei ist jedes der Ereignisse nicht nur im logischen Sinn Bedingung des Erfolgs, sondern auch im Rechtssinn, wenn bei jedem dieser Ereignisse mit dem Hinzutreten der für den Erfolg erforderlichen weiteren Bedingung, also auch mit dem Eintritt des schädigenden Ereignisses, zu rechnen war ²⁾.

Diese Gesamtkausalität tritt als kumulative Kausalität ³⁾ oder notwendige Konkurrenz ⁴⁾ auf, wenn alle Handlungen in ihrem Zusammenwirken den Erfolg verursacht haben und das Hinzutreten der einzelnen Ereignisse nicht außerhalb des normalen Verlaufes der Dinge lag ⁵⁾. Als Beispiel mag der Fall der summierten Immission dienen: A und B leiten Abwässer in einen Fluß, die den Fischbestand vernichten; die Einzelmengen wären für sich betrachtet zwar harmlos gewesen, bewirken aber in ihrer Kumulation den Schaden. Hier sind nach fast allgemeiner Meinung ⁶⁾ beide Handlungen kausal i.S. der Bedingungslehre, denn keine der Bedingungen kann hinweggedacht wer-

1) Esser, SR Bd. I, 4. Aufl., § 46 I

2) v. Staudinger, Vorbem. 38 v. § 249

3) ders., a.a.O.

4) Heck, § 14 1

5) v. Staudinger, a.a.O.

6) für alle: Larenz, SR Bd. I, § 27 III a

den, ohne daß der konkrete Erfolg entfielen. Anders nur Fikentscher ¹⁾, der zwar auch hier eine Kausalität i.S. der Bedingungslehre als gegeben betrachtet, aber betont, daß keiner der Tatbeiträge für sich gesehen den Erfolg herbeiführen hätte können. Es seien danach Tatbeiträge nicht kausal, die für sich allein genommen den Erfolg nicht herbeigeführt hätten. Demgegenüber ist jedoch der Ausgangspunkt für eine Kausalitätsbetrachtung nochmals hervorzuheben, wonach die als Ursache festgestellte Tatsache den Schaden nicht allein herbeigeführt zu haben braucht; es können auch weitere Tatsachen mitgewirkt haben. Notwendig ist nur, daß der Erfolg ohne die betreffende Tatsache nicht eingetreten wäre, diese also eine *conditio sine qua non* für die Entstehung des Schadens darstellt ²⁾.

Es handelt sich um alternative Kausalität ³⁾ oder verdrängende Konkurrenz ⁴⁾, wenn schon jedes der (gleichzeitig ⁵⁾) ursächlich gewordenen Ereignisse für sich allein den schädigenden Erfolg herbeigeführt hätte: Das Mordopfer erhält von A und B, die unabhängig voneinander handeln, je eine Dosis Gift, von denen jede eine tödliche Menge darstellt.

Im Ergebnis ist man sich darin einig, daß auch bei der alternativen Kausalität jeder, der eine alternative Ursache gesetzt hat, im Rechtssinne als Verursacher des Erfolges gilt, wenn auch in der Begründung Abweichungen festzustellen sind. Denkt man sich die Tat des

1) SR, § 51 II

2) Enneccerus/Lehmann, § 15 III 1

3) v. Staudinger, Vorbem. 38 v. § 249; Fikentscher, a.a.O., § 51 II. Die Terminologie ist jedoch nicht einheitlich, so spricht z.B. Oertmann, Vorbem. 4 c v. § 249, von konkurrierender oder kumulativer Kausalität.

4) Heck, § 14 1

5) Fikentscher, a.a.O.; Blomeyer, § 32 II 1 b

einen Täters weg, so wäre das Opfer immer noch an der anderen Dosis gestorben und umgekehrt. Die Handlungen der Täter sind also sowohl kausal als auch nicht kausal ¹⁾. Man sieht aber hier vom Erfordernis der natürlichen Verursachung ab, es kann sich keiner der Täter auf die Tat des anderen berufen ²⁾. Die *conditio sine qua non* anders angewandt, würden beide Täter haftungsfrei ausgehen. Es kann hier keine *exceptio plurium* geben ³⁾.

Oertmann ⁴⁾ begründet das damit, daß jeder der Täter dem Opfer den Beweis der Kausalität gegenüber dem anderen Täter vereitelt hat. Enneccerus/Lehmann ⁵⁾ stützen sich auf § 830 Abs. 1 S. 2 BGB, wenn sie bei einer tatsächlichen Ungewißheit darüber, welche von mehreren geeigneten Handlungen den Erfolg herbeigeführt hat, jede als Ursache ansehen.

Schließlich ist ebenfalls Gesamtkausalität anzunehmen, wenn sich bei mehreren nebeneinander laufenden Tatsachen, die nach allgemeiner Erfahrung sowohl jede für sich allein als auch in ihrem Zusammenwirken einen Erfolg verursacht haben können, nicht feststellen läßt, welche dieser Möglichkeiten vorliegt ⁶⁾.

1) Fikentscher, SR § 51 II

2) Blomeyer, § 32 II 1 b

3) Esser, SR Bd. I, 4. Aufl., § 46 I; Planck/Siber, § 249 Anm. 4 c

4) Vorbem. 4 c v. § 249

5) § 15 III 6

6) v. Staudinger, Vorbem. 38 v. § 249

1.6 Zusammentreffen von Bindungen mehrerer bindender Unternehmen

a) Marktstörung durch kumulatives Zusammentreffen von Bindungen

Wenn hier die von den einzelnen Unternehmen (Bindern) ausgehenden Bindungen für sich betrachtet zwar harmlos sind und erst in ihrer Gesamtheit den Markt behindern, so ist doch jede Bindung bzw. jedes Bindungssystem *conditio sine qua non*. Denn sie haben jeweils in einer Weise zum Erfolg beigetragen, daß dieser Erfolg ohne sie nicht eingetreten wäre ¹⁾.

Auf den Anteil des einzelnen Binders an der Störung kann es für eine Kausalitätsfeststellung nicht ankommen, denn alle Bedingungen sind gleichwertig, weil jede von ihnen *conditio sine qua non* ist ²⁾.

Auch die zeitliche Komponente ist unwesentlich. Denn nach den gesicherten Erkenntnissen über die Ursachenkonkurrenz spielt es keine Rolle, ob eine Bindung im noch völlig bindungsfreien Markt auferlegt wurde oder neben schon bestehende Bindungen getreten ist und vielleicht sogar gerade erst durch ihr Hinzutreten die Störungsschwelle überschritten, der Markt blockiert wurde. Diese einzelne Bindung oder dieses System von Bindungen hat dann zwar unmittelbar jene Marktstörung ausgelöst, doch kann dies keine besondere Wertigkeit verleihen und zu einer besonders wirksamen Ursache führen. Denn es ist weder in räumlicher noch in zeitlicher Hinsicht eine *causa proxima* ³⁾ anzuerkennen.

1) Esser, SR Bd. I, 4. Aufl., § 44 II

2) v. Staudinger, Vorbem. 25 zu § 249

3) Esser, a.a.O., § 44 II 1 a

Weiterhin scheidet eine Entlastung der prioren Bindungen durch die posterioren, die später hinzutretenden aus, da diese den einmal eingeleiteten Störungsverlauf nicht beseitigen, die Erstbindungen vielmehr latent, aber doch in vollem Umfang weiterwirken ¹⁾. Auch in umgekehrter Richtung kann eine Entlastung nicht stattfinden, der letzte Binder kann sich nicht auf bereits bestehende Bindungen berufen ²⁾.

Da somit alle Bindungen in ihrem Zusammenwirken den Erfolg verursachen und auch das Hinzutreten neuer Bindungen neben bereits bestehende nicht außerhalb des normalen Verlaufs der Dinge liegt, handelt es sich um Gesamtkausalität in Form der kumulativen Kausalität ³⁾.

Es ist damit festzuhalten, daß in bezug auf die Kausalität alle Bindungen gleichwertig sind. Es kann keinen Unterschied begründen, wann sie jeweils eingeführt wurden, ob es sich somit um ältere, jüngere oder jüngst eingeführte Bindungen handelt. Sie alle sind als condiciones sine quibus non zu qualifizieren und als solche gleich zu beurteilen. Eine abweichende Betrachtung der jüngsten Bindungen läßt sich im Rahmen der Kausalität nicht rechtfertigen.

Wenn somit die Existenz einer wirksamsten Ursache zu verneinen und eine Gesamtkausalität anzuerkennen ist, so wird dadurch nur der Kreis der verursachenden und potentiell von der Kartellbehörde zu suspendierenden Bindungen abgegrenzt. Zugleich wird aber auch erkenn-

1) Esser, SR Bd. I, 4. Aufl., § 46 I

2) ders., a.a.O.

3) v. Staudinger, Vorbem. 38 v. § 249; Heck, § 14

bar, daß es sich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Sinn der Vorschrift, Störungen zu begegnen, verbietet, alle diese condiciones sine quibus non für unwirksam zu erklären. Es ist also noch jener Teil der Bindungen zu bestimmen, der zur Beseitigung der Marktstörung suspendiert werden soll. Diese Auswahl kann jedoch wegen der nach Kausalitätsgesichtspunkten bestehenden Gleichwertigkeit aller Bedingungen nicht mittels der Kausalitätstheorie erfolgen.

Dies verkennt der Frankfurter Kommentar ¹⁾, wenn dort versucht wird, mit Hilfe einer eigenen Kausalitätslehre sowohl die Kausalität festzustellen als auch eine Auswahl der zu suspendierenden Bindungen zu treffen.

Es ist schon der Ausgangspunkt des dort eingeschlagenen Lösungswegs in Frage zu stellen, wenn zwischen Bindungen einerseits und bereits bestehenden besonderen Verhältnissen andererseits unterschieden wird, die insgesamt zur Marktstörung führen ²⁾. Denn diese "besonderen Verhältnisse" oder "gegebenen Faktoren" stellen sich bei näherer Betrachtung ebenfalls als Bindungen heraus, allerdings als bereits bestehende, früher auferlegte. Die dortige Gedankenführung ist zwar konsequent, wenn man unter Ausklammerung dieser prioren Bindungen zu einer davon verschiedenen Beurteilung der posterioren gelangt, einzig diese als kausal ansieht und zugleich das Ziel der kartellbehördlichen Suspendierung bestimmt, doch kann einer solchen einseitigen Betrachtungsweise, die priore Bindungen ausklammert, nicht gefolgt werden. Denn damit wird der gesicherte Bereich anerkannter und bewährter Kausalitätsgrundsätze verlassen; dafür

1) § 18 Tz. 77 ff

2) ders., a.a.O., Tz. 77 (a), 78

besteht keine sachliche Berechtigung und keine dogmatische Absicherung. Spezifische Besonderheiten des Kartellrechts können diesbezüglich nicht ins Feld geführt werden. Nach dem anerkannten Kausalitätsbegriff sind auch die bereits früher eingeführten Bindungen als Ursache der Marktstörung zu qualifizieren, da sie in einer Weise zum störenden Erfolg beigetragen haben, daß dieser ohne sie nicht eingetreten wäre ¹⁾. Schließlich sind priore wie posteriore Bindungen völlig gleichwertig (äquivalent), da beide Arten condiciones sine quibus non sind ²⁾; sie verursachen in ihrem Zusammenwirken den mißbilligten Erfolg. Das Hinzutreten neuer Beschränkungen neben bereits bestehende ältere Bindungen liegt zudem nicht außerhalb des normalen Verlaufes der Dinge, da in einer freien Marktordnung immer mit Bewegung zu rechnen ist. Nach der die Adäquanz bestimmenden sog. nachträglichen objektiven Prognose wäre es nicht einmal erforderlich, daß die prioren Binder selbst voraussehen konnten, daß ihre Bindungen, wenn auch erst im Zusammenwirken mit weiteren Bindungen, eine Marktstörung bewirken könnten. Entscheidend ist vielmehr die objektive Erkennbarkeit; wiewohl aber bereits eine subjektive Voraussehbarkeit hier zu bejahen ist.

Hinsichtlich der nächsten Fallgruppe, bei der nach dem Frankfurter Kommentar ³⁾ ebenfalls spätere mit früher auferlegten Bindungen zusammentreffen, wird kein Unterschied zu der soeben behandelten Fallsituation erkennbar, der eine gesonderte Betrachtung bedingen würde. Denn auch hier kommen zu alten, für sich genommen unschädlichen Bindungen neue hinzu, die in ihrem Zusammenwirken insgesamt die Störung

1) Esser, SR Bd. I, 4. Aufl., § 44 II

2) v. Staudinger, Vorbem. 25 zu § 249

3) § 18 Tz. 77 (b), 79

verursachen. Wenn man dabei eine "wirkliche Kausalität" jener neuen, die Störung unmittelbar auslösenden Bindung postuliert, so folgt man damit den Lehren von Birkmeyer ¹⁾ und Binding ²⁾ von der "besonderen Wirksamkeit" oder "ausschlaggebenden Ursache", die längst überwunden sind ³⁾.

Erst die dritte Fallvariante des Frankfurter Kommentars ⁴⁾ befaßt sich mit einem neuen Sachverhalt; eine Änderung der tatsächlichen Marktsituation bringt die Folgen früher auferlegter Bindungen zum Tragen. Ein bisher durch nicht bindende Hersteller aufrecht erhaltener Ausweichmarkt entfällt durch Produktionseinstellung, die schon früher durch andere Produzenten auferlegten Bindungen führen jetzt zu einer Marktstörung. Dem Frankfurter Kommentar ⁵⁾ ist hier zunächst beizutreten, wenn in diesen alten Bindungen *condicio sine quibus non* und damit Ursachen für die Störung gesehen werden. Die weiteren Schritte können aber nur beschränkt nachvollzogen werden. Auslösender Grund des mißbilligten Erfolges - und darin ist den Verfassern des Frankfurter Kommentars beizustimmen - sind nicht diese alten Bindungen, denn diese bestanden schon zu einer Zeit bevor es durch die Marktreduzierung zur Störung kam. Auf eine solche auslösende Wirkung kommt es jedoch nach den oben dargestellten Ergebnissen ⁶⁾ nicht an, da eine besondere Kausalität nicht notwendig ist. Die Bindungen sind aber trotzdem ursächlich für die Störung, denn bei einmal gesetzter adäquater Verursachung kann eine

1) GS 37 (1885), 257 ff (272 ff)

2) Bd. I, S. 112 ff

3) für alle: Esser, SR Bd. I, 4. Aufl., § 44 II a

4) § 18 Tz. 77 (c), 80

5) a.a.O.

6) S. 43 ff

Entlastung durch nachfolgende Ereignisse nicht erfolgen, sofern diese nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegen; desgleichen entfällt eine Unterbrechung des Kausalverlaufes. Die früher auferlegten Bindungen wirken während des Zeitraums des bestehenden breiten Angebots latent weiter und werden schließlich mit der Markteinengung durch Produktionseinschränkung wieder deutlich sichtbar und kommen zum Tragen. Damit bewirken diese in ihren Auswirkungen neu aktualisierten früher auferlegten Bindungen die mißbilligte Störung. Es handelt sich auch hier um kumulative Kausalität, da erst das Zusammentreffen der einzelnen Bindungssysteme den Markt beschränkt. Wegen der sog. nachträglichen objektiven Prognose kann es nicht darauf ankommen, ob die jeweiligen Binder die Marktentwicklung voraussehen konnten; für den objektiven Beobachter ist jedenfalls erkennbar, daß ihre Bindungen zur Störung führen können.

Die weitere Argumentation mit Zumutbarkeit und Vertrauensschutz muß schließlich ebenfalls fehlschlagen, wenn damit wirkliche Ursachen beseitigt werden sollen. Denn es kann nicht angehen, den objektiven Kausalitätsbegriff mit Billigkeitserwägungen auszufüllen oder zu verquicken und damit Kausalketten zu durchbrechen. Für solche Interessenabwägungen ist, wenn überhaupt, erst nach erfolgter Kausalitätsfeststellung bei der Prüfung von Eingriffshindernissen oder bei der Auswahl der zu suspendierenden Bindungen Raum.

Aber selbst unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes kann keine Entlastung der Binder erfolgen. Denn der Abschluß von Bindungsverträgen, die augenblicklich keine Marktstörung nach sich ziehen, kann keine Entlastung von allen später eintretenden Folgen bedeuten. Den Vertragsparteien ist bei Abschluß der Bindungen bekannt, daß sie damit den ersten Teil der Eingriffsvoraussetzungen nach § 18 GWB verwirklichen. Infolge jederzeit zu erwartender Marktveränderungen

müssen sie deshalb für die Zukunft mit dem Eintritt eines mißbilligten Erfolges und der daran anknüpfenden Suspendierung rechnen. *

Somit bleibt es also bei dem oben dargestellten Ergebnis. Alle Bindungen tragen zur Marktstörung bei; es liegt kumulative Kausalität vor, da der mißbilligte Erfolg erst durch die Summierung der Beschränkungen eintritt ¹⁾.

b) Marktstörung durch alternatives Aufeinandertreffen von Bindungen

Bei dieser im kartellrechtlichen Schrifttum - soweit ersichtlich - noch nicht behandelten Fallgestaltung treten Bindungen bzw. Bindungssysteme verschiedener Unternehmen parallel nebeneinander und verursachen eine Marktstörung in der Weise, daß schon jedes der Systeme genügen würde, den schädlichen Erfolg herbeizuführen.

Hier ist man sich letztlich im Ergebnis darin einig, daß auch bei der alternativen Kausalität jedes der Bindungssysteme als im Rechtssinn kausal gilt. Die *conditio sine qua non* kann in ihrer bisherigen Form nicht weiterführen, da bei Eliminierung eines alternativen Systems die Störung dennoch erhalten bleibt. Bezüglich der hieran knüpfenden Argumentation sei auf die früheren Ausführungen verwiesen ²⁾.

1) Nur wenige Autoren befassen sich mit grundsätzlichen Kausalitätsfragen; davon übereinstimmend: Müller/Gießler/Scholz, § 18 Anm. 59 ff; Sandrock, S. 478; BKartA WuW/E 1199 ff, "Kraftfahrzeugpflegemittel"; abweichend: Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 77 ff.

2) S. 45 ff

c) Marktstörung durch kumulative oder alternative
Verursachung

Hier laufen Bindungen verschiedener Verursacher nebeneinander, ohne daß dabei festzustellen ist, ob schon ein System die Störung herbeiführt, also ein Fall der alternativen Kausalität vorliegt, oder erst das Zusammentreffen von Bindungen durch mehrere Unternehmen den Erfolg verursacht.

Auch in diesem Falle geht man von der Kausalität jedes Systems, also von einer Gesamtkausalität aus ¹⁾.

1.7 Gesamtkausalität und Marktstörung nach § 18 Abs. 1
lit. a bis c GWB

Nach der Feststellung, daß mit der Gesamtkausalität eine rechtlich allgemein relevante Verursachungsform gegeben ist, bedarf es jetzt der spezifischen weiteren Untersuchung, ob diese Gesamtkausalität hier für eine Herbeiführung der mißbilligten Marktfolgen der lit. a bis c genügen kann oder ob eine Alleinverursachung durch die einzelnen Binder notwendig ist.

Hierzu sind die einzelnen Tatbestandsvarianten mit den darin enthaltenen Rechtsbegriffen auszulegen und zu würdigen. Die Gesetzesauslegung hat sich dabei an den vom BVerfG ²⁾ verbindlich festgestellten Zielen und Methoden zu orientieren, die im folgenden kurz dargestellt und vor die Klammer gezogen werden.

Danach kommt als Ziel einer Gesetzesauslegung nicht der historische Wille des Gesetzgebers, des Gesetzesverfassers (subjektive Theorie) in Betracht, sondern

1) oben S. 45 ff

2) E 1, 299 ff (312); 11, 126 ff (129 ff)

es ist der im Gesetz objektivierte Wille des Gesetzgebers (objektive Methode) zu erforschen. Der Wille des Gesetzgebers fällt also zusammen mit dem Willen des Gesetzes selbst ¹⁾.

Diesem Ziel der Gesetzesauslegung dienen die Auslegung nach der grammatischen (Wortlaut der Norm), systematischen (Zusammenhang), teleologischen (Zweck) und historischen (Gesetzesmaterialien und Entstehungsgeschichte) Methode.

Dabei sind alle diese Auslegungsarten zugelassen; sie schließen einander nicht aus, sondern ergänzen sich gegenseitig. Allerdings sind die Ergebnisse der historischen Methode mit gewisser Vorsicht aufzunehmen; sie dürfen nicht dazu führen, die Vorstellungen des Gesetzesverfassers mit dem objektiven Gesetzesinhalt gleichzusetzen. Der subjektive Wille kann also nur insoweit berücksichtigt werden, als er im Gesetz selbst auch hinreichend bestimmt zum Ausdruck gekommen ist. Der Entstehungsgeschichte kann damit nur insoweit Bedeutung zukommen, als sie die Richtigkeit eines nach den anderen Methoden ermittelten Ergebnisses bestätigt oder Zweifel behebt ²⁾.

a) Marktfolge nach lit. c

"durch das Ausmaß solcher Beschränkungen der Wettbewerb auf dem Markt für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen wesentlich beeinträchtigt wird"

Erster Ansatzpunkt zur Erforschung des im Gesetz objektivierten Willens des Gesetzgebers ist die grammatische oder grammatikalische Auslegung. Bei dieser Art

1) Radbruch, S. 211

2) BVerfG E 11, 126 ff (130 f)

der Interpretation ist von der Ausdrucksweise des Gesetzgebers auszugehen und zu versuchen, den Inhalt der Norm aus deren sprachlicher Fassung zu erkennen.

Essentielle Bedeutung kommt hierfür dem Terminus "durch das Ausmaß solcher Beschränkungen" zu. Dabei bezieht sich die Formulierung "solcher Beschränkungen" auf die Bindungsverträge der Nrn. 1 bis 4, die den Betroffenen auferlegt sind. Das sind aber nicht nur die jeweiligen Bindungen eines einzelnen Unternehmens (Binders), sondern alle im Raum befindlichen. Dementsprechend sind alle bestehenden Verträge heranzuziehen, also die Summe aller auferlegten Bindungen. Das bedeutet aber, daß hier die Gesamtwirkung entscheidet, die aus den Systemen aller Binder resultiert. Das Gesetz läßt also Gesamtkausalität genügen ¹⁾.

Eine Bestätigung dieses Ergebnisses liefert die Untersuchung des Begriffes "Ausmaß", der in sprachwissenschaftlichen Wörterbüchern mit "Umfang, Ausdehnung" ²⁾ und "Ausdehnung, Umfang, Menge, Stärke, Anzahl" ³⁾ wiedergegeben wird. Danach wären Umfang, Menge und Anzahl solcher Bindungen entscheidend, also ebenfalls die Gesamtwirkung, die durch die Systeme aller Binder ausgelöst wird.

Sodann ist mit der logischen Interpretation Sinn und Zweck des Gesetzes zu erforschen.

Dabei versucht die teleologische Methode aus dem Zusammenhang der Rechtssätze den Sinn der einzelnen Vorschriften und deren besonderen Zweck zu ermitteln. Schutzgut und Schutzzweck zugleich ist der freie Wettbewerb und zwar in seiner Beschaffenheit als Institu-

1) wie hier: Koenigs, S. 325; BKartA, WuW/E 1199 ff (1207 ff), "Kraftfahrzeugpflegemittel"

2) Wahrig, Deutsches Wörterbuch

3) Bauer, Deutsches Wahlwörterbuch

tion ¹⁾. Die Tatsache, daß diese Norm als Nebenwirkung auch den Konkurrenten des bzw. der Binder und den potentiell Gebundenen einen reflexartigen Schutz erfahren läßt, steht dem oben erkannten Schutzgut und Schutzzweck nicht entgegen, denn eine gewisse Streuwirkung ist bei vielen Normen anzutreffen ²⁾. Hier handelt es sich um sog. Rechtsreflexe, die auf einer Norm beruhen, die ausschließlich dem öffentlichen Interesse dient und nur rein tatsächlich in ihrer Nebenwirkung auch dem Individualinteresse, also dem Individualschutz zugute kommt, ohne daß die Norm in ihrer Zielsetzung diese Nebenwirkung umfaßt ³⁾.

Das Gesetz wählt in lit. c als Blickpunkt für seine marktwirtschaftliche Prüfung den Markt und betrachtet aus dieser Richtung den Wettbewerb für bestimmte Waren oder Leistungen. Die Blickrichtung geht also von der Folge zur Ursache und nicht umgekehrt. Dabei betrachtet es wohl den individuellen Güter- und Leistungsaustausch, um die Wettbewerbsverhältnisse festzustellen, befaßt sich im einzelnen aber nicht mit den individuellen Bindungen, sondern geht von der Summe aller Bindungen aus, die diese Wettbewerbsverengung bedingt ⁴⁾. Entscheidend ist also jene Wirkung, die von der Gesamtheit aller Bindungen ausgeht.

Eine etwas abstrahierende Betrachtungsweise stützt dieses Ergebnis: Eindeutig erklärter und klar erkennbarer Zweck der Norm ist es, den freien Wettbewerb aufrecht zu erhalten. Dieses umfassende Ziel ist aber nur zu erreichen, wenn alle kausalen Faktoren berücksichtigt und gegebenenfalls zurückgedrängt werden. Fordert man hingegen vom System des einzelnen Binders

1) für alle: Benisch, DB 65, 1035 ff (1038)

2) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 66

3) Eyermann/Fröhler, § 42 Rdnr. 96

4) ähnlich Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 67

schon eine wesentliche Beeinträchtigung des Marktes, so wird die von Gesetz beabsichtigte Garantie des freien Wettbewerbs nicht zu verwirklichen sein. So erfüllt sich auch für Schwartz ¹⁾ der Sinn der Vorschrift erst am Bündel der Bindungen.

Die systematische Methode als zweite Art der logischen Interpretation sucht ebenfalls Sinn und Zweck der Norm zu erfassen. Sie geht dabei von der Stellung der Vorschrift im Gesetz und der des Gesetzes innerhalb der Rechtsordnung aus. Man könnte nun daran denken, mit dem in der Bezeichnung des Gesetzes selbst festgehaltenen Zweck "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen" zu operieren, doch muß diese Argumentation zu global ausfallen, zumal eine einheitliche Linie des Gesetzes selbst nicht immer aufrecht erhalten wird.

Die Hilfsmittel der logischen Interpretation, die historische und die genetische Methode versagen hier ebenfalls, da die Entstehungsgeschichte keine weiteren Aufschlüsse zu den hier anstehenden Problemen gibt.

Damit sind also im Ergebnis die verschiedenen Bindungen bzw. Bindungssysteme nicht einzeln zu würdigen, sondern es ist von ihren gesamten Auswirkungen auf den Wettbewerb auszugehen ²⁾.

1) im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 67

2) wie hier die fast allgemeine Meinung: Koenigs, S. 325; BKartA WuW/E 1199 ff, "Kraftfahrzeugpflgemittel"; Schwartz, a.a.O.; Müller/Gießler/Scholz, § 18 Anm. 62; Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 78, ebenso in der Ergänzung zu Tz. 78; Baumbach/Hefermehl, § 18 GWB Anm. 14; Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 18 Anm. 151 f; Rasch/Westrick/Loewenheim, § 18 Anm. 44 f; Lutz, BB 65, 1336 ff (1338); Rittner DB 57, 1118 ff (1121); Gleiss/Hirsch, WRP 66, 17 ff (19); Deringer/Tessin, WuW 66, 132 ff (144).
A.A. nur Lehmppfuhl, S. 57; Leo, WRP 69, 85 ff (94 f); Knöpfle, S. 210.

b) Marktfolge nach lit. b

"dadurch für andere Unternehmen der Marktzutritt unbillig beschränkt wird"

"Als unbillig im Sinne des Absatzes 1 Buchstabe b ist nicht eine Beschränkung anzusehen, die im Verhältnis zu den Angebots- oder Nachfragemöglichkeiten, die den anderen Unternehmen verbleiben, unwesentlich ist."

Für die Interpretation dieser Tatbestandsvariante betreffend Einzel- oder Gesamtkausalität zeigt sich die grammatikalische Methode wenig ergiebig, da sie einzig an das Adverb "dadurch" anknüpfen kann. Diese Formulierung bezeichnet auch hier wieder die Bindungen der Nrn. 1 bis 4 und weist zudem ausdrücklich darauf hin, daß zwischen Bindungen und Marktfolge, die hier als Zugangsbeschränkung auftritt, ein Kausalzusammenhang bestehen muß ¹⁾. Das führt aber nicht zu neuen Erkenntnissen, da bereits aus logischen Überlegungen ein kausaler Zusammenhang zwischen Ursache und Wirkung zu fordern ist. Während Lutz ²⁾ aber schon allein hieraus auf eine separate Betrachtung der Bindungen der einzelnen Unternehmen schließt ³⁾, folgert das BKartA ⁴⁾ umgekehrt, daß diese Kausalität auch bei einer mitwirkenden, also bei einer Gesamtverursachung gegeben sei. Dieser von reinen Kausalitätserwägungen geleiteten Argumentation der Kartellbehörde ist generell zwar beizutreten, doch vernachlässigt man dabei die hier erforderliche, spezifische Untersuchung, ob diese Art der Kausalität den besonderen Voraussetzungen der in Frage stehenden Tatbestandsvariante ge-

1) BKartA, WuW/E 1199 ff, "Kraftfahrzeugpflegemittel"

2) BB 65, 1336 ff (1337)

3) dagegen zu Recht: Schwartz im Gemeinschaftskommen-
tar, § 18 Anm. 65

4) a.a.O.

nügen kann. Denn in diesem Zusammenhang ist insbesondere die vom Gesetz selbst geforderte unbillige Beschränkung des Marktzutritts zu berücksichtigen und mit den durch Kausalitätsbetrachtungen gewonnenen Ergebnissen in Einklang zu bringen ¹⁾.

Wegen der zusätzlich postulierten Tatbestandsvoraussetzungen ist also der Formulierung "dadurch" vorerst insofern ambivalenter Charakter beizumessen, als damit sowohl die einzelnen Bindungen bzw. Systeme der Unternehmen (Einzelschau) als auch die Summe der von allen Bindern insgesamt auferlegten Beschränkungen (Gesamtschau) bezeichnet sein können.

Weiteren Aufschluß gibt die teleologische Methode. Wenn diesem Tatbestand eine Marktsperre, also der gegen dritte Unternehmen gerichteten Zugangsbeschränkung begegnet werden soll, so erfahren diese einen Schutz ihrer Handlungsfreiheit ²⁾, gleichgültig ob sie nun in ihrem Absatzmarkt oder in ihren Bezugsquellen beschränkt werden ³⁾. Somit sind also die Wettbewerber des bzw. der bindenden Unternehmen geschützt ⁴⁾; es handelt sich im Gegensatz zu lit. c um reinen Individualschutz ⁵⁾. Auch hier begegnet man einem schon bekannten und unschädlichen Streueffekt, der sowohl die Gebundenen ⁶⁾ als auch den

1) so im Ansatz auch Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 65

2) ders., a.a.O., Anm. 63

3) vgl. Wortlaut des § 18 Abs. 2 GWB

4) Schwartz, a.a.O.

5) Benisch DB 65, 1035 ff (1038); wohl auch Schwartz, a.a.O.

6) Schwartz, a.a.O.

Wettbewerb als Institution rein tatsächlich begünstigt ¹⁾.

Auch in lit. b steht mit der Zugangsbeschränkung die Auswirkung der Bindungen, die Folge, im Blickpunkt des Gesetzes. Es betrachtet einerseits zwar die den Wettbewerbern individuell verbleibenden Angebots- bzw. Nachfragemöglichkeiten, wendet sich, wie in diesem Zusammenhang aus der Formulierung "dadurch" zu ersehen ist, andererseits aber den Ursachen nur in ihrer Gesamtheit zu. Entscheidend ist also auch hier nur jene Wirkung, die von der Summe aller Bindungen ausgeht; danach würde Gesamtkausalität als Verursachungsform genügen.

Eine abstrakte Betrachtung des Schutzzweckes der Norm unterstreicht dieses Ergebnis. Wie Koenigs ²⁾ zutreffend feststellt, haben die einzelnen Binder für sich allein gesehen nur in den seltensten Fällen einen so großen Marktanteil, daß bereits die Bindungen eines einzelnen Unternehmens eine erhebliche Zugangsbeschränkung für Dritte bewirken. In der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle resultiert die Zugangsbeschränkung aus der Kumulation der Bindungen aller Unternehmen, so daß § 18 Abs. 1 lit. b GWB annähernd nie zur Anwendung kommen könnte und von vorneherein zur Erfolglosigkeit bestimmt wäre. Ausgehend vom Zweck der Vorschrift, dem Individualschutz und dem Blickpunkt des Gesetzes, der Situation der ausgeschlossenen Wettbewerber, kann es in

1) Lutz, BB 65, 1336 ff (1337), hingegen legt das Schwergewicht auf den Schutz des Wettbewerbs, der den Individualschutz nur als Reflex erfaßt; während das BKartA WuW/E 1199 ff als Schutzobjekt den freien Zugang dritter Unternehmen zum Markt und den Wettbewerb als Institution als Schutzobjekt betrachtet, ebenso Knöpfle, S. 206.

2) S. 325

der hier entscheidenden Wirkung der Bindungen, dem Marktausschluß, keinen Unterschied begründen, ob diese Bindungen von einem Großunternehmen mit absoluter Marktmacht ausgehen oder von vielen einzelnen kleinen Bindern herrühren; denn die Wettbewerber werden so oder so vom Markt verbannt. Es erhebt sich deshalb die Frage, woraus sich eine differenzierende Betrachtung von Bindungen mit gleichen Auswirkungen rechtfertigen soll, wenn nicht die Bindungen per se vom Gesetz mißbilligt werden, sondern nur ihre marktsperrenden Folgen. Weiter ist einer Einzelschau entgegenzusetzen, daß sie die Zweckrichtung der Norm in unzulässiger Weise umfunktioniert. Sie verkehrt den Normzweck der Markttöffnung in einen Angriff gegen Marktmacht.

Das Gesetz selbst enthält somit deutlich Hinweise auf eine Gesamtschau. Zusammen mit jenem allgemeinen Grundsatz, nach dem mitwirkende Verursachung eine rechtlich relevante Kausalität begründet, könnte demgegenüber eine restriktive, auf Einzelschau bezogene Auslegung nur stattfinden, wenn diese expressis verbis zum Ausdruck käme.

An diese Ergebnisse kann eine Auslegung nach der systematischen Methode anschließen. Denn mit einer zur Einzelschau führenden Restriktion könnte die Vorschrift der lit. b nur auf marktbeherrschende Unternehmen angewendet werden, bezüglich derer aber ohnehin schon ein Vorgehen nach §§ 22 und 26 GWB möglich ist.

Weiterhin ist ein interessanter Gedankengang von Koenigs ¹⁾ hervorzuheben, der die Ergänzungsnorm des § 18 Abs. 2 GWB in die Überlegungen miteinbezieht. Wenn nämlich dort mit den verbleibenden Angebots- und Nachfragemöglichkeiten eine Summierung der fehlenden, der

1) S. 327

nicht auferlegten Bindungen stattfindet und zugunsten der Binder zu berücksichtigen ist, so könne auch im umgekehrten Fall von der Summe der vorhandenen Bindungen ausgegangen werden.

Die Gegner einer Gesamtschau ¹⁾ berufen sich mehrfach auf die historische Methode ohne das allerdings klar zum Ausdruck zu bringen, wenn sie ins Feld führen, der Gesetzgeber habe es hier trotz zweifacher Novellierung versäumt, in einer jeden Zweifel ausschließenden Form klarzustellen, daß lit. b auch das Zusammentreffen gleichartiger Bindungen verschiedener Unternehmen betreffe. Diese Betrachtungsweise verkennt jedoch den Aussagewert der historischen Interpretation, der nur insoweit Bedeutung zukommen kann, als sie die Richtigkeit eines anderweitig gewonnenen Ergebnisses zu bestätigen oder Zweifel zu beheben vermag ²⁾. Nach den bisherigen, entgegengesetzten Erkenntnissen scheidet aber eine solche Bestätigung durch historische Interpretation aus. Auf diese Weise können auch keine Zweifel ausgeräumt werden, denn das Schweigen des Gesetzgebers ist nicht als Beitritt zu einer der vertretenen Meinungen zu werten. Andernfalls würde man eine Verpflichtung für den Gesetzgeber begründen, zu divergierenden Meinungen und damit zu annähernd allen Gesetzen weitere, interpretierende Gesetze zu erlassen, sobald sich Streitfragen abzeichnen. Auch wenn mit lit. a eine Eingriffsbefugnis geschaffen wurde, die nach wohl überwiegender Meinung auf die Summierung der Bindungen abstellt, kann daraus in Anbetracht der unterschiedlichen Zielrichtungen der einzelnen Tatbestandsvarianten keine konkludente Restriktion der schon bestehenden Befugnisse gefolgert werden ³⁾.

1) so Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 65

2) BVerfG E 11, 126 ff (130 f)

3) so aber Schwartz, a.a.O.

Dieses vorläufige Ergebnis ist nun mit den Auswirkungen abzustimmen, die aus dem zusätzlichen Tatbestandsmerkmal "unbillig" resultieren.

Der adjektivische Begriff "unbillig" wird in Werken der allgemeinen Sprachwissenschaft mit den Synonymen "ungerecht, nicht recht" ¹⁾ umschrieben, während man "billig" mit "angemessen, gerecht" und der Tautologie "recht und billig" ²⁾ wiedergibt.

Dieses weitere Tatbestandsmoment erfordert eine Interessenabwägung, bei der, dem Schutzzweck der Norm entsprechend, ausschließlich der Konflikt zwischen zugangsbeschränkten Unternehmen und Bindern zu lösen ist. Rittner ³⁾ sieht, daß damit außervertragliche Beziehungen zu deuten sind, hält diesbezüglich aber das eine wertende Betrachtung erfordernde Adjektiv "unbillig" für nicht tauglich. Ihm wäre zuzustimmen, wenn die originäre Aufgabe der Begriffsfüllung bei den Kartellbehörden läge und in erster Linie der allgemein bekannte Begriffsinhalt herangezogen werden müßte. Für eine solch freie Begriffsinterpretation und Interessenabwägung ist jedoch hier kein Raum, da das Gesetz selbst mit § 18 Abs. 2 GWB den wesentlichen Teil des Begriffs ausfüllt und erläutert, um damit eine grundsätzliche Wertung vorzunehmen und die Weichen zu stellen. Diese Legaldefinition legt fest, daß eine unwesentliche Beschränkung nicht unbillig ist. Im Umkehrschluß bedeutet das, daß nur bei wesentlichen Beschränkungen eine Unbilligkeit i.S. von § 18 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 GWB vorliegt ⁴⁾. Damit erschöpft sich

1) Wahrig, Deutsches Wörterbuch

2) Brockhaus, Enzyklopädie, 2. Bd.

3) DB 57, 1118 ff (1121); ebenso Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 63; Leo, WRP 64, 327 ff (331); Gleiss/Hirsch, WRP 66, 17 ff (18)

4) Benisch, DB 65, 1035 ff (1038); Lutz, BB 65, 1336 ff (1338); Gleiss/Hirsch, a.a.O.

aber die Bedeutung des § 18 Abs. 2 GWB nicht in einer ohnehin selbstverständlichen Bagatellklausel ¹⁾, ²⁾, sondern es werden damit auch Begriffsinhalte und Wertungsmaßstäbe festgelegt. Es ist infolgedessen von einer grundsätzlichen Unbilligkeit wesentlicher Beschränkungen auszugehen.

Eine Gegenargumentation, wonach das Gesetz - läge diese Leseart wirklich in seiner Intention - eine solch umständliche Formulierung vermieden, die Ergänzungsnorm des Abs. 2 nicht benötigt und schon in lit. b "unbillig" durch "wesentlich" ersetzt hätte, bliebe auf halbem Weg stehen. Denn eine solch undifferenzierte, globale Beurteilung ohne jede Möglichkeit der Gegenindizierung ist vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt. Er erkennt im Grundsatz vielmehr berechnigte Interessen eines Binders an dessen Bindungen an, auch wenn diese zu gewissen Wettbewerbsverengungen beitragen. Das folgt daraus, daß nach allen bisherigen Fassungen des § 18 GWB Ausschließlichkeitsbindungen zugelassen sind und nur nach dem Mißbrauchsprinzip der Aufhebung unterliegen ³⁾.

Dies aber nur dann, wenn bei einer aus objektiver, neutraler Sicht vorgenommenen Interessenabwägung die Belange des Binders vor denen der Ausgeschlossenen rangieren. Diese Abwägung hat also nach objektiven Maßstäben zu erfolgen und nicht die Beziehung des Binders zum Gebundenen zu betrachten, sondern die sachliche Rechtfertigung der Bindung einerseits und den Marktausschluß Dritter andererseits. Bezugspunkt für diese Interessenabwägung und eine mögliche Gegenindizierung ist der normative Begriff "unbillig"; während man mit dem rein deskriptiven Postulat

1) Ausdruck von Poeche, WRP 65, 314 ff (317)

2) so aber Lutz, BB 65, 1336 ff (1338); Gutzler, BB 65, 917 ff (920)

3) Benisch, DB 65, 1035 ff (1038)

"wesentlich" solche Belange der Binder nicht berücksichtigen könnte.

Hinsichtlich dieser Abwägung kommt es, um das nochmals hervorzuheben, nicht auf eine individuelle Betrachtung der Interessen von Bindern und Gebundenen an, auf die Ausgewogenheit der für sie entstehenden Vor- und Nachteile. Denn zu würdigen ist vielmehr das außervertragliche Verhältnis der Konkurrenten, Binder und Dritten. Das führt dazu, daß die eine Bindung rechtfertigenden sachlichen Gründe mit dem Interesse der Dritten am Marktzugang zu vergleichen sind und diese dann überwiegen, wenn es sich um gewichtige Notwendigkeiten handelt. Als solche kommen z.B. die Verwendung von Originalersatzteilen bei komplizierter technischer Gerätschaft, ebenso wie die Vertriebsbeschränkung wegen der erforderlichen Beratung auf Fachhändler ¹⁾ in Betracht.

Damit steht also das zusätzliche Tatbestandsmoment der unbilligen Beschränkung einer Gesamtschau, d.h. der Summierung der aus allen Bindungen resultierenden Folgen nicht entgegen ²⁾.

c) Marktfolge nach lit. a

"dadurch eine für den Wettbewerb auf dem Markt erhebliche Zahl von Unternehmen gleichartig gebunden und in ihrer Wettbewerbsfreiheit unbillig eingeschränkt ist"

1) so auch Benisch, DB 65, 1035 ff (1038)

2) wie hier: Koenigs, S. 325 ff; BKartA WuW/E 1199 ff "Kraftfahrzeugpflegemittel"; Müller/Gießler/Scholz, § 18 Anm. 62; Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 76 f; Rasch/Westrick/Loewenheim, § 18 Anm. 40. A.A. Benisch, a.a.O.; Lutz, BB 65, 1336 ff (1337); Deringer/Tessin, WuW 66, 140; Leo, WRP 69, (85 ff), 93; Lehmpfuhl, S. 57; Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 65.

Nachdem sich lit. c mit dem Wettbewerb als solchem und lit. b mit der Situation der außerhalb der Bindungsverhältnisse stehenden Wettbewerber befaßt, behandelt die durch die Novelle 1973 eingeführte Tatbestandsvariante der lit. a das Innenverhältnis zu den Gebundenen ¹⁾.

Dabei tauchen schon hinsichtlich des Anwendungsreiches dieser Marktfolge Unklarheiten auf, wenn sich der klare Wortlaut auf alle Bindungstabestände der Nrn. 1 bis 4 bezieht, aber die Begründung zum Regierungsentwurf ²⁾ wie auch der Ausschußbericht ³⁾ nur Ausschließlichkeitsverträge, also Nr. 2 benennt. Dieser kurze Hinweis mag hier genügen, denn eine Klärung dieser Diskrepanz kann zur Lösung der anstehenden Kausalitätsfrage nicht beitragen.

Zur Auslegung nach der grammatischen Interpretation ist der Passus "dadurch eine erhebliche Zahl von Unternehmen gleichartig gebunden" heranzuziehen. Wie schon im ähnlichen Fall der lit. b kann daraus keine definitive Fixierung auf die Einzel- oder Gesamtschau gefolgert werden ⁴⁾, entscheidend ist auch hier das Ergebnis weiterer Auslegungsarten und insbesondere die Abstimmung mit der zweiten Tatbestandskomponente "unbillig".

Für eine teleologische Auslegung ist der von der Norm verfolgte Schutzzweck heranzuziehen. Wenn mit lit. a die Aktionsfreiheit der Gebundenen, die im

1) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 70

2) BT-Drs. VI/2520, Art. 1 Nr. 5

3) BT-Drs. 7/696, Art. 1 Nr. 7; BT-Drs. 7/765

4) So auch Schwartz, a.a.O., Anm. 78, der aus dem Gesetzeswortlaut eine Gesamtbetrachtung der Bindungen durch mehrere Unternehmen nicht ausschließt.

Wettbewerb behindert werden, zu erweitern ist, so handelt es sich zunächst um einen Schutz der Gebundenen, um Individualschutz ¹⁾.

Ein zweiter Schutzzweck zeichnet sich u.U. darin ab, daß daneben die Wettbewerbsfreiheit dieser Gebundenen noch besonders erwähnt wird. Dies könnte auf den Schutz des Wettbewerbs selbst, auf einen Institutionsschutz hindeuten. Dem entsprächen auch die Ausführungen in der Begründung zum Regierungsentwurf ²⁾, die den Schutz des Wettbewerbs besonders erwähnen.

Im Endeffekt mag hier aber dahingestellt bleiben, ob es sich um Individual- oder Institutionenschutz handelt oder sogar beide Ziele verfolgt werden, weil sowohl der Schutz der Gebundenen als auch ein Institutionsschutz zur Auslegung nach der Gesamtschau führt. Denn eine Forcierung jedes dieser Ziele läßt sich nur durch eine Gesamtschau erreichen, da - wie schon früher - eine markterhebliche Zahl gleichartiger Bindungen nur äußerst selten von einem Binder ausgehen wird. Auch soll einer Folge begegnet, nicht aber eine bloße Ursache als Selbstzweck beseitigt werden. Geht man von einem doppelten Schutzzweck und -gut aus, so deutet das nur um so mehr auf eine Gesamtschau hin, da insbesondere der Wettbewerb erst durch das Bündel aller Ursachen, durch die Gesamtwirkung eingefroren wird.

Zu klaren Ergebnissen führt hier auch die systematische Methode. Diese Darstellung hat sich von lit. c, mit dem Schutzgut Wettbewerb als Institution, über lit. b, Individualschutz der Ausgesperrten, zu lit. a herangearbeitet, der die Gebundenen und eventuell sogar den Wettbewerb selbst begünstigt. In allen Fällen genügt Gesamtkausalität, was sich nicht zuletzt da-

1) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 71

2) BT-Drs. VI/2520, Art. 1 Nr. 5, S. 3

raus ableitete, daß die eigentliche Gefahr für den Wettbewerb als Institution bzw. die Ausgesperrten nicht so sehr von Handlungen einzelner als vielmehr von der Summe aller Beschränkungen drohte. Insofern basiert alle Argumentation auf ähnlichen Gedanken. Auch die vorliegende Variante lit. a unterscheidet sich hierin nicht.

Schließlich kommt hier der genetischen Methode, einem Hilfsmittel der logischen Interpretation Bedeutung zu. Denn der Gesetzgeber - dessen Wille mit dem des Gesetzes übereinstimmt ¹⁾ - hat in Kenntnis eines Alternativvorschlages des Deutschen Industrie- und Handelstages ²⁾ darauf verzichtet, sich auf Bindungen durch ein Unternehmen zu beschränken und festzulegen ³⁾.

Dieses vorläufige Ergebnis der Gesamtbündelung ist nun an Hand der 2. Komponente, der unbilligen Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit der Gebundenen zu überprüfen.

Schwartz ⁴⁾ stellt zunächst fest, daß im Gegensatz zu lit. b bei dieser Variante das Wort unbillig sprachlich richtig gewählt sei, weil es eine Bewertung der Beziehungen von Vertragspartnern betreffe. Er weist sodann darauf hin, daß die Begriffserfassung und -ausfüllung erschwert werde, wenn nicht die konkrete vertragliche Beziehung zwischen den Parteien, sondern eine für den Wettbewerb auf dem Markt

1) BVerfG E 11, 126 ff (130) unter Berufung auf Radbruch, S. 210 f

2) WRP 73, 191

3) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 78

4) im Gemeinschaftskommentar, a.a.O., Anm. 77 f

erhebliche Zahl gleichartiger Bindungen zu beurteilen sei. Schließlich lasse sich eine auf das Gesamtbündel gerichtete Betrachtung nicht mit der Notwendigkeit vereinen, die Wirkung der Bindungen auf ihre Unbilligkeit zu prüfen. Denn bei lit. a müsse bereits die Vielzahl der vom gleichen Unternehmen ausgehenden Bindungen individuell geprüft werden.

Diesen Ausführungen ist nur insoweit beizutreten als nicht die konkrete Vertragsbeziehung zwischen dem Bindenden und einem Gebundenen zu bewerten ist, sondern eine ganze Gruppe von Verträgen. Das ist aus den Beziehungen der tatbestandlichen Voraussetzungen von lit. a zueinander zu schließen:

Verträge, die eine wettbewerbserhebliche Zahl von Unternehmen gleichartig binden und in ihrer Wettbewerbsfreiheit unbillig einschränken. Ein einzelner noch so unbilliger Vertrag wird also vom Gesetz nicht erfaßt, es muß sich vielmehr um eine markterhebliche Zahl gleichartiger Bindungen handeln. Diese Gruppe gleichartiger Bindungen muß damit eine gewisse Typizität aufweisen, so daß weiter dieser Typus die Gebundenen in ihrer Wettbewerbsfreiheit unbillig einschränkt. Damit wird der dem Adjektiv vom Gesetzgeber beige-messene Begriffsinhalt eingegrenzt und aufgezeigt. Mit dem Erfordernis der gleichartigen Bindungen, also der Anknüpfung an einen Bindungstypus ¹⁾, der die Wettbewerbsfreiheit nicht unbillig einschränken darf, wird erkennbar, daß hier weder eine individuelle Prüfung der Beziehungen zwischen Binder und Gebundenen stattfinden kann, noch Vor- und Nachteile des Bindungsvertrages gegeneinander abzuwägen sind. Das Gesetz veranlaßt nur eine dahingehende generalisie-

1) dessen zugehörige Bindungen in manchen Beziehungen durchaus individuelle Momente aufweisen können

rende Prüfung, ob dieser Bindungstypus die Wettbewerbsfreiheit unbillig einschränkt. Auch wenn beispielsweise die Interessen der Parteien insofern ausgeglichen wären, als einer wesentlichen Einschränkung der Handlungsfreiheit finanzielle Vorteile entsprächen, also keine einseitige Interessenverfolgung stattfände, so wäre diese Regelung an dem hier entscheidenden Kriterium der Wettbewerbsfreiheit gemessen, unbillig. Denn vom Bewertungskriterium der Wettbewerbsfreiheit ausgehend, müssen alle bei einer Interessenabwägung dagegen in die Waagschale zu werfenden Belange auf vergleichbarem Niveau angesiedelt sein. Das wären etwa produkt- oder vertriebsbezogene Notwendigkeiten, die eine Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit der Gebundenen aufwiegen könnten.

Damit beurteilt das Gesetz also nicht jede einzelne Bindung nach den daraus resultierenden, äußerst verschiedenartigen Vor- und Nachteilen. Es konzentriert sich vielmehr auf einen ¹⁾ markterheblichen Typus von Bindungen, dessen Restriktionen die Wettbewerbsfreiheit des Gebundenen beschränken. Absolutes, vom Gesetz selbst aufgezeigtes Bewertungskriterium für die Billigkeit einer solchen Beschränkung ist die Wettbewerbsfreiheit. Damit müssen die eine Beschränkung der Gebundenen rechtfertigenden Notwendigkeiten mit deren Wettbewerbsfreiheit qualitativ vergleichbar sein.

Weiter ergibt sich als Ergebnis dieser Untersuchung, daß sich das Bündel aus Bindungen eines einzelnen wie auch mehrerer Binder zusammensetzen kann; es genügt also Mitverursachung. Die Prüfung der Un-

1) oder auch mehrere markterhebliche Typen

billigkeit steht wegen generalisierender Betrachtungsweise nicht entgegen ¹⁾.

Die Vorschrift der lit. a so verstanden, erscheinen Zielrichtung und Schutzzweck in anderem Licht. Wenn danach ein einzelnes Unternehmen im weitesten Sinne des Begriffs noch so unbillig gebunden ist, so bedingt das keine behördliche Eingriffsbefugnis; desgleichen, wenn zwar eine kollektive Bindung gegeben ist, diese sich aber nicht gegen die Wettbewerbsfreiheit richtet. Den zwei tatbestandlichen Voraussetzungen der kollektiven Bindung und der Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit entspricht auch die doppelte Zielsetzung, Individual- und Institutionenschutz ²⁾. Wenn man weiter berücksichtigt, daß dieser Individualschutz nur bei einer Gruppenbetroffenheit aktiviert ist, also als Kollektivschutz auftritt, wird deutlich, daß der Schwerpunkt auf dem Institutionenschutz liegt.

1.8 Zusammenfassung und Ergebnis

Entsprechend dem allgemein gültigen Postulat, daß zwischen Ursache und Wirkung ein Zurechnungszusammenhang bestehen muß, ist auch zwischen Marktverhalten und Marktstörung ein kausaler Zusammenhang erforderlich. Eine Feststellung dieses Kausalzusammenhangs erfolgt mit den oben dargestellten Kausalitätstheorien.

Der Kausalitätsbegriff der Bedingungs- oder Äquivalenztheorie ist für die Lösung der vorliegenden, kar-

1) A.A. Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 78

2) ähnlich Schwartz, a.a.O., Anm. 71, 77 f

tellrechtlichen Problematik nicht geeignet, da eine Abgrenzung nach dem Kriterium der *conditio-sine-qua-non* zu einer fast endlosen Zurechnung von Ursachen führen muß und dieser Bedingungstheorie hier ein notwendiges Korrektiv fehlt.

Diesem Mangel Rechnung tragend, schränkt die von der Äquivalenztheorie ausgehende Adäquanztheorie jene *conditio sine qua non* mit dem zusätzlichen Erfordernis der Adäquanz, dem angemessenen Zusammenhang ein. Dieser daraus gewonnene, engere Kausalitätsbegriff findet im Zivilrecht und in wesentlichen Teilbereichen des Verwaltungsrechts Anwendung. Er ist speziell auch für den Bereich des Kartellrechts geeignet und verwendbar, weil dabei aus der Perspektive eines objektiven Beobachters einerseits zu weit entfernte Ursachen ausgeschieden werden und andererseits eine der natürlichen Betrachtung widersprechende Eingenung der Zurechenbarkeit vermieden wird.

Die Theorie vom Normzweck kann hier nicht entscheidend weiterführen, da in der Vorschrift des § 18 GWB mit den tatbestandsmäßigen Handlungen der Nrn. 1 bis 4 und den Schutzgütern der lit. a bis c Schutz- und Normzweck der Bestimmung ausdrücklich benannt sind.

Die Relevanztheorie geht weit über eine bloße Kausalitätsaussage hinaus ¹⁾, wenn sie zunächst auf breiter Basis eine Ursachenfeststellung trifft und sodann im Haftungsbereich auf die wesentlichen Ursachen abstellt. Da nach der Relevanztheorie beispielsweise

1) Streng genommen geht mit Ausnahme der Äquivalenztheorie jede andere Kausalitätstheorie über eine bloße Kausalitätsfeststellung hinaus. Dies geschieht bei der Adäquanztheorie jedoch nur in relativ geringem Umfang, wenn dort ganz unwahrscheinliche und außergewöhnliche Umstände als inadäquat ausgeschieden werden.

jede von mehreren Bedingungen, die in annähernd gleicher Weise auf den Erfolg hingewirkt haben, Mitursachen im Rechtssinne sind, kann diese Theorie bei der vorliegenden kartellrechtlichen Problemstellung nicht entscheidend weiterführen. Denn die Relevanztheorie kann zwar nach relativ grober Auswahl entsprechend dem Kriterium wesentlicher Ursachen eine Anzahl von Bindungen als relevant aufzeigen, läßt dann aber - obwohl sie sich bereits weit im Bereich von Haftung und Zurechenbarkeit bewegt - die hier entscheidende Frage unbeantwortet, welche Bindungen oder Bindungssysteme, gegebenenfalls in welchem Umfang, für unwirksam erklärt werden müssen. Dies kann aber auch entsprechend ihrem Anwendungsbereich nicht Aufgabe der Relevanztheorie sein, wenn damit im Versicherungs- und Versorgungsrecht Risikosphären abgegrenzt werden sollen und ausschließlich festzustellen ist, ob ein Ereignis wesentlich zum Erfolg beigetragen hat. Diesem Mangel Rechnung tragend könnte man darangehen, auf die mittels der Relevanztheorie gefundenen wesentlichen Ursachen weitere noch zu entwickelnde Kriterien betreffend Haftung und Verantwortlichkeit anzuwenden und insoweit entsprechend einer nach Anwendung der Adäquanztheorie projektierten Problemlösung vorzugehen. Das müßte aber bedeuten, daß nach pauschaler Auswahl von relevanten Ursachen und damit auf unzutreffend eingeschränkter Grundlage breit angelegte Haftungsuntersuchungen anzustellen wären.

Mit der Adäquanztheorie lassen sich nun zunächst all jene Fälle lösen, in denen die Bindung oder das System von Bindungen eines einzelnen Unternehmens (Binders) die von § 18 GWB mißbilligten Marktstörungen herbeiführt. Mit der als kausal für die Störung erkannten Bindung eines Unternehmens (Binders) stehen

sowohl Adressat als auch zu suspendierende Bindung fest.

Ungelöst bleiben aber jene Fälle, in denen Bindungen verschiedener Unternehmen (Binder) zusammenreffen und die Marktstörung herbeiführen. Hier tritt das Problem der Ursachenkonkurrenz auf, das nicht über eine wirksamste oder ausschlaggebende Ursache zu lösen ist, da nach allgemein gültigen Kausalitätsgrundsätzen alle Ursachen gleichwertig sind. Dabei ist unerheblich, ob die Marktstörung kumulativ oder alternativ durch die Bindungen der verschiedenen Unternehmen herbeigeführt wird, da in beiden Fällen Gesamtkausalität aller Bedingungen vorliegt.

Das Gesetz fordert in § 18 GWB bei den Marktfolgen der lit. a bis c keine Alleinverursachung durch ein Unternehmen, sondern läßt Gesamtkausalität, also Mitverursachung genügen. Denn nur auf diese Weise kann der vom Gesetz verfolgte Zweck, die Beseitigung von Marktstörungen erreicht werden. Diesbezüglich stellt auch der vom Gesetz mehrfach verwendete Normativbegriff "unbillig" kein Hindernis dar, da sich dieser bei sachgerechter Auslegung problemlos in den gesetzlichen Tatbestand einfügt.

Damit sind alle von den verschiedenen Unternehmen (Bindern) ausgehenden und zur Herbeiführung einer Marktstörung beitragenden Bindungen kausal für diese Marktstörung. Alle diese Bindungen sind somit potentielle Ziele einer kartellbehördlichen Unwirksamkeitserklärung.

2. Verhältnis von Bindungen zu Marktfolgen

Für die Abgrenzung und Bestimmung der potentiell zu suspendierenden Bindungen ist weiterhin von Bedeutung, in welchem Verhältnis die zwischen den Beteiligten geschlossenen Bindungsverträge der Nrn. 1 bis 4 zu den dadurch herbeigeführten Marktfolgen der lit. a bis c stehen müssen.

Während diese hier zu lösende Frage noch nicht diskutiert worden zu sein scheint, sind zu der, gewisse Parallelen aufweisenden Problematik des § 1 GWB zahlreiche Lösungsversuche unternommen worden, die zu einem mittlerweile überwundenen Theorienstreit geführt haben.

In § 1 GWB, der horizontale Verträge, Kartellverträge zu einem gemeinsamen Zweck betrifft, geht es dabei um Folgen für Erzeugung und Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs, während § 18 GWB, der vertikale Verträge betrifft, die Herbeiführung von Marktfolgen durch Bindungsverträge behandelt.

2.1 Theorienstreit

§ 1 Abs. 1 Satz 1 GWB verbietet Verträge und Beschlüsse, die geeignet sind, durch Wettbewerbsbeschränkung die Marktverhältnisse zu beeinflussen. Zentrales Tatbestandsmerkmal ist deshalb die Wettbewerbsbeschränkung, bezüglich der lange umstritten war, in welchem Verhältnis diese zu dem betreffenden Vertrag oder Beschluß stehen muß, um eine Unwirksamkeit zur Folge zu haben.

Nach der dort entwickelten sog. Gegenstandstheorie ¹⁾ kann § 1 GWB nur dann eingreifen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung in dem Sinn Gegenstand des Vertrags oder Beschlusses geworden ist, daß sich die Beteiligten gerade durch diesen Vertrag oder Beschluß zu dem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten verpflichtet haben.

Auf die Problematik des § 18 GWB angewendet, bedeutet dies, daß eine Unwirksamkeitserklärung nur dann erfolgen könnte, wenn die jeweils vorliegende, mißbilligte Marktfolge in dem Sinn zum Gegenstand des Bindungsvertrags erhoben wäre, daß sich die Parteien gerade durch den Vertrag zu diesem marktbeschränkenden Verhalten verpflichtet haben.

Nach der sog. Zwecktheorie ²⁾ müssen sich die Beteiligten für eine Anwendbarkeit des § 1 GWB zwar auch über die Wettbewerbsbeschränkung verständigt haben, doch braucht diese nicht Gegenstand des Vertrags zu sein; es genügt, wenn sie das gemeinsame Motiv bildet und damit den Zweck der Vereinbarung darstellt.

Für § 18 GWB hieße das, eine der in lit. a bis c aufgeführten Marktfolgen müßte das gemeinsame Motiv, der Beweggrund der Parteien zum Abschluß des Bindungsvertrags sein.

Die sog. Folgetheorie ³⁾ hingegen verzichtet auf jede subjektive Komponente der Beteiligten; die Her-

1) so die früher herrschende Meinung (Baumbach/Helffermehl, § 1 GWB, Anm. 28; Frankfurter Kommentar, § 1 Tz. 26; Müller/Gießler/Scholz, § 1 Anm. 67; Mayer-Wegelin/Ebel, § 1 Anm. 7; Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 72; Benisch, DB 57, 789 ff (790))

2) Fikentscher, WuW 60, 680 ff (681); ders., Die Interessengemeinschaft, S. 47; ders., in Europäes Kartellrecht, S. 177 ff

3) Steindorff, BB 70, 824 ff (826 ff); Emmerich, § 6 4 a

beiführung der Marktfolge braucht weder Gegenstand noch Motiv des Vertrags zu sein. Sie stellt allein auf die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen, die Folgen des Vertrags ab, wobei nach der sog. begrenzten oder eingeschränkten Folgetheorie diese Folgen wenigstens bei Vertragsschluß objektiv vor-
aussehbar gewesen sein müssen.

Nach dieser Lehre könnte bei § 18 GWB der subjektive Wille der Parteien in bezug auf die Marktfolgen unbeachtet bleiben. Partielle Unterschiede gelten entsprechend den obigen Darlegungen nur nach der eingeschränkten Folgetheorie.

2.2 Rechtsprechung

Die zunächst von der wohl herrschenden Lehre vertretene Gegenstandstheorie, die sich auf den Willen des historischen Gesetzgebers ¹⁾, ein gewisses teleologisch gerechtfertigtes Bedürfnis, das Kartellverbot nicht allzuweit auszudehnen ²⁾ und Erfordernisse der Rechtssicherheit ³⁾ berief, kann mit den beiden BGH-Entscheidungen "Aluminium-Halbzeug" ⁴⁾ und "Zement-verkaufsstelle Niedersachsen" ⁵⁾ als überholt angesehen werden. Ohne die dargestellten Theorien zu erwähnen, hat der BGH im Aluminium-Fall festgestellt, daß § 1 GWB auch solche Verpflichtungen betreffe, die nicht unmittelbar die Vertragsfreiheit der Beteiligten berühren; es genüge, daß sie erfahrungsgemäß auf die Intensität des Wettbewerbs einwirkten.

1) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 72

2) Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1 Anm. 35

3) dies., a.a.O.

4) WuW/E BGH 1337 ff

5) WuW/E BGH 1367 ff

Im Fall Zementverkaufsstelle führt der BGH schließlich weiter aus, § 1 GWB setze zwar eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung (Einigung) der Parteien über Wettbewerbsbeschränkungen voraus, diese Einigung brauche aber nicht Gegenstand einer vertraglichen Bindung zu sein, vielmehr genüge die Einigung über den Zweck.

In den Kategorien der oben dargestellten Theorien ausgedrückt, ist diese Auffassung des BGH am ehesten der Zwecktheorie zuzuordnen, jedenfalls nicht der reinen Folgetheorie, da diese keine Einigung der Beteiligten verlangt, sondern nur auf die, wenn auch bloß zufälligen Folgen abstellt ¹⁾. Unabhängig von diesem vorläufigen Sachstand gewährleistet allein die Folgetheorie auf Dauer einen effektiven Schutz des Wettbewerbs; eine Weiterentwicklung der Praxis in dieser Richtung scheint nicht ausgeschlossen ²⁾.

2.3 Anzuwendende Theorie

Gegen die Anwendung der Gegenstandstheorie auf die Problematik des § 18 GWB spricht zunächst deren schon im ursprünglichen Anwendungsbereich des § 1 GWB methodologisch stark angreifbare und deshalb wenig überzeugende Argumentation mit Gesetzesauslegung, Rechtssicherheit und teleologischer Notwendigkeit, gegen die sich hinsichtlich des Aspekts der Rechtssicherheit insbesondere Steindorff ³⁾ und Emmerich ⁴⁾ wenden. Weiterhin ist gegen die Gegenstandstheorie die damit notwendig verbundene und

1) Rauschenbach, NJW 76, 2185 ff (2189 f)

2) Emmerich, § 6 4 a

3) BB 70, 824 ff (826 ff)

4) a.a.O.

für § 1 und § 18 GWB gleichermaßen geltende Folge ins Feld zu führen, wonach durch die Fixierung auf die vertragliche Beschränkung der Handlungsfreiheit gerade der Kartellmitglieder eine Berücksichtigung der Vertragsfolgen auf Dritte (Nichtkartellmitglieder) nicht erfolgen kann. Denn solche wettbewerbsbeschränkenden Folgen sind nach der Gegenstandstheorie solange irrelevant als sie nicht auf eine vertragliche Beschränkung der Kartellmitglieder bzw. der gebundenen Unternehmen zurückgeführt werden können ¹⁾. Nicht vertragsgegenständliche Folgen wären also, gleichgültig ob sie bei den Parteien oder bei Dritten auftreten, irrelevant.

Eine solche Leseart kollidiert jedoch mit den in § 18 Abs. 1 lit. a bis c GWB erklärten Schutzzwecken und ignoriert teilweise den von § 18 GWB geschützten Personenkreis. Hinsichtlich der Variante lit. b ergibt sich schon aus dem Gesetzeswortlaut, daß auch potentielle Wettbewerber und damit Dritte zum geschützten Personenkreis zählen ²⁾. Dies gilt in gleicher Weise auch für die Variante lit. c, da eine Zugangsbeschränkung für Dritte zugleich eine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellen kann ³⁾. In bezug auf die Variante lit. a sind sowohl Individual- als auch Institutionsschutz anerkannt, so daß auch außenstehende Wettbewerber geschützt sind ⁴⁾.

Aus denselben Gründen ist auch eine Anwendung der Zwecktheorie auf die Problemstellung des § 18 GWB abzulehnen. Obwohl die Wettbewerbsbeschränkung da-

1) Emmerich, § 6 4 a, für § 1 GWB

2) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 61 f

3) ders., a.a.O.

4) ders., a.a.O., Anm. 71

nach nicht Gegenstand des Vertrags sein muß, sondern nur das gemeinsame Motiv darzustellen braucht, wäre eine Berücksichtigung der Vertragsfolgen für Dritte aber insoweit ausgeschlossen, als sie nicht auf eine dies bezweckende Beschränkung des Gebundenen zurückzuführen sind. Das liefe nicht nur den in § 18 Abs. 1 lit. a bis c GWB inkriminierten Marktfolgen zuwider, sondern verstieße auch gegen den Schutzzweck der Vorschrift.

Allein die Folgetheorie trägt den Gegebenheiten des § 18 GWB Rechnung. Sie stellt ausschließlich auf die marktbeschränkenden Wirkungen ab, mögen diese Gegenstand, Motiv oder zufällige Folgen der Bindungsverträge sein und eröffnet mit der möglichen Berücksichtigung der Marktfolgen für Dritte einen dem Schutzzweck des § 18 GWB entsprechenden Anwendungsbereich.

Dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit Folge tragend will die bereits erwähnte sog. begrenzte oder eingeschränkte Folgetheorie wettbewerbsbeschränkende Folgen nur dann berücksichtigen, wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnten ¹⁾, wobei dies jedenfalls dann gelten sollte, wenn die Folgen bei Vertragsschluß objektiv voraussehbar waren ²⁾. Dies bedeutet nichts anderes, als daß es sich dabei um adäquate Folgen handeln muß ³⁾, deren objektive Erkennbarkeit je nach Standpunkt ex ante oder ex post zu bestimmen ist.

1) Steindorff, BB 70, 824 ff (828) in Anlehnung an § 252 Satz 2 BGB; ders., in Europees Kartelrecht, S. 277 ff (284 ff) zu Art. 85 EWG-Vertrag

2) Emmerich, § 6 4

3) vgl. Larenz, SR Bd. I, § 27 III b

Eine solche Beschränkung der Folgetheorie scheint jedoch im Falle des § 18 GWB nicht geboten. Entsprechend den oben gewonnenen Ergebnissen sind im Rahmen der Marktfolgenprüfung nur adäquat kausale Folgen zu berücksichtigen, wobei die Adäquanz nach der Rechtsprechung des BGH ¹⁾ durch eine nachträgliche objektive Prognose zu bestimmen ist. Durchbrechungen dieses allgemeinen Grundsatzes in Richtung einer Ex-ante-Betrachtung sind aus Erwägungen der Rechtssicherheit nicht veranlaßt, da die jeweils bindenden Unternehmen bei Abschluß der Bindungsverträge nicht auf eine unveränderte Marktsituation bauen können, sondern mit der Dynamik des Markts und einer daraus resultierenden Änderung der Verhältnisse rechnen müssen, sich also insofern nicht auf einen diesbezüglichen Vertrauensschutz berufen können.

3. Haftung für die eingetretene Marktstörung

Mit den als ursächlich erkannten Bindungen eröffnet sich nun ein weiter Kreis von potentiell Haftenden und zu suspendierenden Bindungsverträgen. Das Zusammentreffen gleichartiger Bindungen verschiedener Unternehmen (Binder) auf dem Markt, also die Summierung gleichartiger Praktiken führt somit zu einem Zielkonflikt, der darin besteht, die für unwirksam zu erklärenden Bindungen zu bestimmen.

3.1 Keine globale Suspendierung

Die einfachste und umfassendste Lösung dieser Haftungs- und Auswahlfragen läge in einer Suspendierung aller bestehenden Bindungen.

1) BGHZ 3, 261 ff (266 f)

Diese Radikallösung ist jedoch ebenso schnell wieder zu verwerfen, wie sie sich zunächst aufdrängt, denn sie verbietet sich schon aus zwei elementaren Gründen heraus:

Eine globale Suspendierung aller bestehenden Bindungen würde einmal den allgemeinen Grundsatz des Übermaßverbots gröblich verletzen, der zwar nicht hinsichtlich der Geeignetheit des Mittels, wohl aber in seiner Ausformung als Prinzip der Erforderlichkeit des Mittels tangiert wäre. Denn die Behörde darf nur Maßnahmen solcher Intensität und solchen Umfangs ergreifen, wie sie zum Erreichen des projektierten Ziels, der Beseitigung der Marktstörung unbedingt erforderlich sind. Wenn also einer unbilligen Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit, einer unbilligen Zugangsbeschränkung zum Markt oder einer wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs mit der Suspendierung einer begrenzten Anzahl von Bindungen erfolgreich begegnet werden kann, so ist der vom Gesetz verfolgte Zweck erreicht; die Kartellbehörde hat ihre Maßnahmen insoweit zu beschränken ¹⁾.

Der zweite Grund ist in § 18 GWB selbst verankert und läßt sich letztlich ebenfalls auf das Übermaßverbot zurückführen. Denn diese gesetzliche Vorschrift verleiht keine Befugnis zur umfassenden Suspendierung aller bestehenden Bindungen. Wie schon früher festgestellt, handelt es sich bei der Unwirksamkeitserklärung von Bindungsverträgen durch die Kartellbehörde um belastende Verwaltungsakte, die nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes einer Befugnisnorm bedürfen, also einer vom Gesetz ausgesprochenen Ermächtigung zum Eingriff in die Rechtssphäre Privata-

1) Sandrock, S. 478; Lipps, Tz. 157; im Ansatz auch Lutz, BB 65, 1336 ff (1338)

ter. Diese Befugnisnorm ist mit der Vorschrift des § 18 GWB gegeben. Wie aus Formulierung und Aufbau dieser Norm zu ersehen ist, gewährt sie jedoch keine unumschränkte Befugnis zu Eingriffen, da danach nur Verträge für unwirksam erklärt werden können, wenn sie gewisse Beschränkungen auferlegen und soweit sie Marktstörungen bewirken. Dieser vom Gesetz gewählten Formulierung "und soweit" kommt nun doppelter Aussagewert zu: Einmal wird damit klargestellt, daß die Bindungsverträge nach Nrn. 1 bis 4 nicht per se zu verbieten sind, sondern nur wegen und in Verbindung mit den Marktfolgen der lit. a bis c. Das vorausgesetzt, zeigt sich zum anderen, daß nur so viele Bindungen für unwirksam erklärt werden dürfen, daß damit die unerwünschte Marktfolge entfällt. Weitere Maßnahmen der Behörde können dann zwar noch typisierte Bindungsverträge treffen, insoweit ist aber wegen Zweckerreichung keiner Marktstörung mehr zu begehen.

Es fehlt dann an der zweiten Komponente der Eingriffsvoraussetzung und damit am Tatbestand. Aus der Konjunktion "soweit" resultiert also eine Beschränkung der Befugnisnorm; es können nur so viele Bindungsverträge für unwirksam erklärt werden wie es zur Beseitigung der Störung erforderlich ist ¹⁾.

Wenn nun mit der Adäquanztheorie wegen der Gleichwertigkeit aller Bedingungen sämtliche bestehenden Bindungsverträge als (gesamt)kausal für die Marktstörung festgestellt sind, weiter aber eine Unwirksamserklärung aller ursächlichen Bindungen ausscheidet, so zeigt sich damit der beschränkte Funktionswert einer Kausalitätsfeststellung.

Im Gegensatz zum Frankfurter Kommentar ²⁾, der mit einer nicht zu begründenden Einengung und Ausrich-

1) so in Anklängen auch Sandrock, S. 478, Fn. 88

2) § 18 Tz. 75 ff

tung des Kausalitätsbegriffs gleichzeitig Verursacher der Störung und Adressaten der Maßnahme bestimmt, kann eine Kausalitätsfeststellung nur den Kreis der Verursacher und damit den der potentiell Haftenden abstecken ¹⁾. Wenn die mißbilligte Störung schon mit einem partiellen Eingriff beseitigt werden und somit ein Teil der Bindungen bestehen bleiben kann, so gilt es nun, die der Suspendierung unterliegenden Verträge zu bestimmen. Dieses Problem stellt sich als Haftungs- und Adressatenfrage dar.

3.2 Lösungswege

Für diese Frage der Haftungs- und Adressatenbestimmung eröffnen sich folgende Lösungswege:

(a) Vorrang der Priorität,

also Unwirksamklärung der zuletzt vereinbarten, der jüngsten Bindungen; Ausschalten jener, die "das Maß vollgemacht haben" ²⁾;

(b) Vorrang der Posteriorität,

Begünstigung der Newcomer; suspendiert werden damit alle früher auferlegten Bindungen;

(c) Abstriche bei allen Beteiligten,

danach werden sowohl Bindungen der Prioren wie auch der Posteriores für unwirksam erklärt.

1) so auch alle übrigen Meinungen, die eine Gesamtverursachung anerkennen; für alle: Koenigs, S. 428 f

2) Formulierung von Sandrock, S. 478

3.3 Meinungsstand

Aus der Anzahl jener Autoren, die - wie hier - Gesamtkausalität als Verursachungsform anerkennen, nehmen nur einige Stellung zur Frage der Auswahl der für unwirksam zu erklärenden Bindungen. Dabei lassen sich drei Richtungen unterscheiden. Die erste Gruppe (a) begnügt sich ausschließlich mit Hinweisen auf Schwierigkeiten und Bedenken bei der Auswahl der zu suspendierenden Bindungen. Die zweite (b) geht von der zeitlichen Reihenfolge der Vertragsschlüsse aus, während schließlich die dritte (c) vom Gleichheitssatz her argumentiert.

a) So weist Lutz ¹⁾ auf die Verpflichtung der Kartellbehörde hin, daß - sollte sie sich zum Eingreifen entschließen - das schonendste Mittel anzuwenden sei, das den Zweck erreichen könne und bemerkt weiter, daß sich dieser Grundsatz bei der Auswahl der zu suspendierenden Verträge auswirken werde.

Lipps ²⁾ sieht die Wesentlichkeit der Beschränkung meist nur durch die Kumulationswirkung mit den anderen Bindungen gegeben, argumentiert insoweit also mit Kausalitätserwägungen. Die Frage des richtigen Maßes des behördlichen Eingreifens werde schließlich in jedem Einzelfall außerordentlich schwer zu beurteilen und von den Betroffenen regelmäßig mit Aussicht auf Erfolg anzugreifen sein.

Gleiss/Hirsch ³⁾ vermissen klare Maßstäbe für eine Unwirksamkeitserklärung, sehen aber jedenfalls eine

1) BB 65, 1336 ff (1338)

2) Tz. 157

3) WRP 66, 17 ff (20)

Bindung der Kartellbehörde an den Gleichheitssatz, mit dem allein sich aber diese Auswahlfrage nicht lösen lasse. Ein Vorgehen nach der zeitlichen Reihenfolge sei sachfremd, desgleichen die Aufhebung eines Teiles aller auf dem Markt vorhandenen Bindungen. Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz sei nur mit der Unwirksamklärung sämtlicher Bindungen zu vermeiden, wofür aber § 18 GWB keine Rechtsgrundlage böte.

Schwartz ¹⁾ unterstreicht schließlich die Schwierigkeit, unter mehreren Bindungen die für die Störung ursächliche festzustellen.

b) Der Frankfurter Kommentar ²⁾ will die zuletzt eingeführten, also die jüngsten Bindungen suspendieren. Denn diese seien anders zu beurteilen als die früher von anderen Unternehmen vereinbarten Beschränkungen. Jedes Unternehmen habe nämlich die Marktverhältnisse so hinzunehmen, wie es sie vorfinde. Die schon vorher eingeeengten Angebots- und Nachfragemöglichkeiten seien schließlich durch die letzten Bindungen wesentlich beschränkt worden ³⁾.

1) im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 18 Anm. 37; ebenso im Nachtrag 1966 zur 2. Aufl., § 18 Anm. 11; jetzt in der 3. Aufl. mit Auswahlkriterien, vgl. unten c)

2) § 18 Tz. 78

3) Lehmpfuhl, S. 57, wendet sich gegen eine solche konkludent vorgenommene Bevorzugung derjenigen Unternehmen, die ihre Bindungen schon früher auferlegt haben. Er zitiert in diesem Zusammenhang als Vertreter jener Meinung Baumbach/Hefermehl, § 18 GWB, Anm. 14 und Rittner, DB 57, 1118 ff (1121). Bei Baumbach/Hefermehl, die bei der Marktfolgeprüfung berücksichtigen wollen, ob etwa schon ähnliche Bindungen bestehen, so daß durch Hinzutritt weiterer Bindungen die Störung

c) Die dritte und letzte Gruppe von Autoren versucht schließlich, die für unwirksam zu erklärenden Bindungen positiv zu bestimmen.

Sandrock ¹⁾ will aus dem Kreis aller Bindungsklauseln nur eine bestimmte Anzahl auswählen, um diese für nichtig zu erklären. Kriterien einer solchen Auswahl seien - in nicht erschöpfender Aufzählung - die Intensität der von den Bindungen ausgehenden Wettbewerbsbeschränkung, der Grad der Rechtfertigung durch wirtschaftliches Interesse der Vertragspartner, der Schutz von kleinen und mittleren Unternehmen.

Koenigs ²⁾ hingegen will, dem Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffes entsprechend, zunächst jene Bindungen aufheben, deren Verlust den bindenden Unternehmen die geringsten Nachteile verursacht. Sodann sei die Auswahl nach sachlichen Gesichtspunkten unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes zu treffen, der im übrigen bei sachlichen Gründen eine differenzierende Behandlung erlaube.

Schwartz ³⁾ weist jetzt ausdrücklich darauf hin, daß die Kartellbehörde weder alle Bindungen aufzuheben brauche, noch sich an die zeitlich zuletzt vereinbar-

Fortsetzung der Fußnote 3 von Seite 88

entsteht, kommt eine Suspendierung der zuletzt vereinbarten Bindungen, wenn überhaupt, so nur sehr unklar zum Ausdruck. Desgleichen bei Rittner, der für die Marktfolge auf Häufigkeit und wirtschaftliche Bedeutung sämtlicher bestehender Beschränkungen abstellt. Lehmppuhl dürfte verkennen, daß die Anerkennung einer Gesamtkausalität trotz indirekter Zurechnung der von fremden Bindungen gesetzten Ursachen noch keine (alleinige) Suspendierung der zuletzt auferlegten Bindungen bedeutet.

1) S. 478

2) S. 329

3) im Gemeinschaftskommentar, 3. Aufl., § 18 Anm. 68

te halten müsse. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit seien vielmehr jene Verträge zu erfassen, deren Aufhebung den jeweiligen Bindern die geringsten Nachteile zufüge. Dementsprechend dürfe gegen Bindungen nicht vorgegangen werden, von denen nur geringfügige Störungen ausgingen, so etwa bei nur noch kurzfristig laufenden Bindungen. Eine solche sachliche Differenzierung bei der Behandlung gleichartiger Bindungen könne den Gleichheitssatz nicht verletzen.

Ähnlich argumentieren Müller/Gießler/Scholz ¹⁾, die zunächst die Frage aufwerfen, wie die Kartellbehörde ohne Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorgehen könne und sich gleichzeitig gegen die vom Frankfurter Kommentar ²⁾ vertretene Orientierung nach der zeitlichen Reihenfolge wenden.

Grundsätzlich sei vielmehr die in ihren Auswirkungen am schwersten beeinträchtigende Bindung herauszugreifen, wobei die Frage der Zumutbarkeit der Folgen für Binder und Gebundene zu berücksichtigen sei. Im Wege einer wertenden Betrachtung habe man schließlich den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen.

Nach Langen/Niederleithinger/Schmidt ³⁾ kann es nicht auf die zeitliche Reihenfolge der Einführung der Bindungen ankommen. Im Wege einer wertenden Auswahl habe die Kartellbehörde unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes jene Bindungen herauszugreifen, deren Auswirkungen am stärksten seien, deren Aufhebung für die Binder am wenigsten nachteilig sei und bezüglich deren die geringsten schutzwürdigen Interessen bestünden.

1) § 18 Anm. 63

2) § 18 Tz. 78

3) § 18 Anm. 126, 153

Rasch/Westrick/Loewenheim ¹⁾ weisen darauf hin, daß die Kartellbehörde nicht gehalten sei, etwa nur gegen die zeitlich letzten Bindungen vorzugehen. Es seien nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vielmehr jene Bindungen für unwirksam zu erklären, deren Aufhebung die Binder am wenigsten treffe; im übrigen habe man die Auswahl nach sachlichen Gesichtspunkten unter Beachtung des Gleichheitssatzes zu treffen.

3.4 Vergleichstatbestände

Die hier zur Lösung anstehende kartellrechtliche Problematik stellt sich als Wettbewerbssituation dar, in der durch verschiedene Unternehmen vertraglich auferlegte Bindungen in einer Weise auf dem Markt zusammentreffen, daß die Summe dieser Bindungen die Aufnahmekapazität des Marktes übersteigt und die aus diesen Bindungen resultierenden Verhaltensweisen zu einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung führen.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen mißbilligt mit § 18 die durch diese Bindungen hervorgerufene Marktstörung und verlangt mit der Beseitigung dieser Störung eine Reduzierung der Zahl der Bindungen auf ein Maß, bei dem der freie Wettbewerb wieder gewährleistet ist. Das erfordert nicht die Suspendierung aller, sondern nur die Aufhebung einiger Bindungen, die es im folgenden zu bestimmen gilt.

Aus einem anderen Blickwinkel gesehen, treffen auf dem Markt verschiedene Bindungen so aufeinander, daß die Gesamtzahl der Bindungen zu Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Markt führt, also die Existenz eines Teils dieser Bindungen andere, weitere Bindungen nicht duldet.

1) § 18 Anm. 45

Die einschlägigen Vorschriften des Kartellrechts bestimmen aber nun nicht, nach welchen Kriterien aus einer Anzahl von ursächlichen Bindungen die zu suspendierenden Bindungen auszuwählen sind. Zur Klärung des Problems ist deshalb auf vergleichbare Fälle anderer Sachgebiete mit den dort bestehenden gesetzlich geregelten oder von der Rechtslehre entwickelten Lösungen zu rekurrieren, um daraus mögliche Lösungswege abzuleiten oder zu entwickeln.

a) Zivilrecht

aa) Kollision und Rangordnung von Rechten

Eine Kollision von Rechten liegt vor, wenn mehrere Rechte in einer Weise zusammentreffen, daß die Ausübung des einen Rechts die des anderen unmöglich macht oder beeinträchtigt. So etwa, wenn mehrere Pfandrechte an derselben Sache bestehen oder zwei Forderungsrechte so aufeinander treffen, daß der eine Gläubiger die Leistung unmöglich ganz bekommen kann, falls der zweite Gläubiger seine Forderung geltend macht ¹⁾.

(1) Dingliche Rechte

Treffen nun mehrere dingliche Rechte an ein und derselben Sache aufeinander, so löst sich dieses Problem der Kollision über den Primat eines bestimmten Rechts. Denn bei verschiedenen dinglichen Rechten an derselben Sache besteht grundsätzlich eine Rangordnung.

1) Enneccerus/Nipperdey, § 239 II, 1

(1.1) So tritt das Vollrecht des Eigentums in der Regel gegenüber den aus ihm abgeleiteten Rechten, wie etwa Nießbrauch oder Pfandrecht, also hinter den verselbständigten "Eigentumssplittern" ¹⁾ zurück ²⁾. Es besteht also ein Vorrang der abgeleiteten Rechte gegenüber dem Vollrecht.

(1.2) Im übrigen gilt jedoch der Grundsatz "prior tempore potior iure" ³⁾, also das Prioritätsprinzip ⁴⁾.

So etwa bei Grundstücksrechten, wenn mehrere eintragungsbedürftige dingliche Rechte, § 879 BGB, oder in analoger Anwendung dieser Vorschrift mehrere eintragungsbedürftige Rechte an einem Recht ⁵⁾ zusammentreffen.

Auch bei nicht einzutragenden Rechten gilt der Grundsatz "prior tempore potior iure" ⁶⁾; ebenso bei Rechten an beweglichen Sachen und bei Pfandrechten untereinander, § 1209 BGB, oder bei Pfandrechten in Konkurrenz mit anderen Rechten ⁷⁾.

(1.3) Eine Umkehrung dieses Grundsatzes, also die Regel "posterior tempore potior iure" ⁸⁾, kommt nur in Ausnahmefällen zum Tragen.

1) Westermann, § 28 I 3

2) Enneccerus/Nipperdey, § 239 II 1

3) Creifelds, Rechtswörterbuch: "früher in der Zeit, stärker im Recht"; das zeitlich früher entstandene Recht hat den besseren Rang, Prioritätsprinzip

4) Enneccerus/Nipperdey, a.a.O.

5) Wolff/Raiser, § 41 VI

6) dies., a.a.O.

7) Palandt, § 1209 Anm. 1; Wolff/Raiser, § 172 I

8) Wolff/Raiser, a.a.O., Fn. 2

So im Handelsrecht, wenn § 443 Abs. 1 HGB für diejenigen Pfandrechte der §§ 397, 410, 421 und 440 HGB ¹⁾ einen Vorrang der posterioren statuiert, die durch Versendung oder Beförderung des Gutes entstanden sind.

Der tiefere Grund für jene aus dieser Klasseneinteilung der Pfandrechte resultierende Bevorzugung der ersten Klasse ist darin zu sehen, daß das Gut erhalten bzw. dessen Wert durch den Weitertransport in Richtung des Bestimmungsorts erhöht werden soll. Danach ist jener am stärksten zu schützen, der durch seine Tätigkeit am meisten zur Wertsteigerung beigetragen hat; das ist aber der jeweils zeitlich letzte Pfandgläubiger. Würde eine solche Bevorzugung nicht gewährt werden, so wäre die Weiterbeförderung des Frachtguts nicht gesichert; der spätere Pfandgläubiger müßte nämlich befürchten, bei einem Befriedigungsversuch mit seiner Forderung auszufallen ²⁾.

Die Bevorzugung des Nachmanns vor dem Vormann soll also Ansporn und Lohn für die mit seiner Tätigkeit verbundene Wertsteigerung sein ³⁾.

(1.4) Für den Fall einer Ranggleichheit bestimmen die Vorschriften der §§ 1024, 1060, 1090 Abs. 2 BGB bei Nutzungsrechten eine Regelung der Rechtsausübung, wenn diese Rechte nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können. Bei dieser Regelung sind alle Interessen nach billigem Ermessen zu berücksichtigen und dementsprechend etwa ein Nutzungsturnus oder eine inhaltliche Beschränkung jedes einzelnen Nutzungsrechts festzulegen ⁴⁾.

1) in derselben Reihenfolge: Pfandrecht des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters und Frachtführers

2) RGRK-HGB, § 443 Anm. 1; ähnlich Schlegelberger, § 443 Rdnr. 1

3) Wolff/Raiser, § 172 I, Fn. 2

4) dies., § 2 III 1

Andere gleichrangige Grundstücksrechte werden gemäß §§ 10 ff ZVG verhältnismäßig befriedigt.

Bei gleichrangigen Pfandrechten an beweglichen Sachen werden diese entsprechend § 10 ZVG im Verhältnis ihrer Beträge befriedigt ¹⁾.

(2) Schuldrechtliche Rechte, Forderungen

Nur dinglichen Rechten kann ein Rang zukommen; das folgt aus ihrer Gegenstandsbezogenheit und ihrer zuordnenden Wirkung. Denn, falls ein Gegenstand mehreren Personen zugeordnet sein soll, ist eine dahingehende Regelung erforderlich, in welchem Verhältnis das eine Recht zum anderen steht.

Schuldrechtliche Rechte, Forderungen, haben als Beziehungen einer Person zu einer anderen Person keinen Rang. Aber auch hier können mehrere selbständige Forderungen gegen denselben Schuldner in der Weise miteinander kollidieren, daß die Ausübung des einen Rechts zur Benachteiligung oder Vereitelung des anderen Rechts führt. Dabei stehen die Forderungen bei einer zufälligen Kollision grundsätzlich unabhängig nebeneinander. Das Gesetz nimmt hier keine Rücksicht, ob durch die Erfüllung der einen Forderung die Erfüllungsmöglichkeit der anderen beeinträchtigt wird. Dies wirkt sich dahingehend aus, daß der Gläubiger befriedigt wird, der sein Recht zuerst durchsetzt ²⁾. Dies muß regelmäßig zur Anwendung des

(2.1) Präventionsprinzips führen. Danach übt der Berechtigte, der sein Recht als erster durchsetzt,

1) Palandt, § 1209 Anm. 1

2) Enneccerus/Lehmann, § 1 V

dieses in vollem Umfang aus, während der andere auf den Überrest angewiesen ist ¹⁾. Aktualisiert sich also die Kollision von Rechten, so ist nicht derjenige erfolgreich, der sein Recht als erster begründet hat, sondern derjenige, dem die Verwirklichung seines Rechtes gelingt ²⁾.

Dieses Präventionsprinzip wird jedoch durch eine Reihe von Ausnahmen durchbrochen, die aber auch in ihrer Gesamtheit den Grundsatz nicht aufheben ³⁾.

(2.2) So kommt einer Forderung der Vorrang zu, wenn § 1609 Abs. 1 BGB die Unterhaltsansprüche der Abkömmlinge gegenüber denen der Eltern bevorzugt.

(2.3) In anderen Fällen ordnet das Gesetz eine verhältnismäßige Befriedigung an, so bei konkurrierenden Unterhaltsansprüchen der minderjährigen unverheirateten Kinder und des Ehegatten, §§ 1603 Abs. 2, 1609 BGB.

Ebenso bei Schadensersatzansprüchen mehrerer aus einem Kraft- oder Luftfahrzeugunfall, §§ 12 Abs. 2 StVG, 37 Abs. 3 LuftVG.

(2.4) Weiterhin ordnet die Konkursordnung für den Fall des Konkurses eine gemeinschaftliche, anteilige Befriedigung aller persönlichen Gläubiger an, soweit nicht eine besondere Bevorzugung gerechtfertigt ist, §§ 3, 14, 61 f KO. Auch die Vergleichsordnung sieht für das Vergleichsverfahren zur Abwendung des

1) Enneccerus/Nipperdey, § 239 II 3

2) Kraßer, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter, S. 92

3) ders., a.a.O., S. 93

Konkurses eine gleichmäßige, anteilige Befriedigung der betroffenen Gläubiger vor, § 8 Verq10.

(2.5) Im Seehandelsrecht ist der Gedanke der verhältnismäßigen Schadenstragung verankert, wenn §§ 700 Abs. 2, 716 HGB ¹⁾ vorsehen, daß die Große Haverei im Verhältnis der Werte gemeinschaftlich getragen wird.

(2.6) Über die gesetzlich angeordneten Ausnahmen vom Präventionsprinzip hinaus sind in Rechtsprechung und Lehre weitere Fälle anerkannt, bei denen sich der Inhalt kollidierender Forderungsrechte gegenseitig beeinflusst.

Es handelt sich dabei um Fälle sog. Interessen-, Gefahren- oder Risikogemeinschaft.

So hat das RG erstmals mit seiner Entscheidung vom 3. Februar 1914 im sog. Zuckerrübensamenfall ²⁾ eine Interessengemeinschaft mit anteilsmäßiger Befriedigung der Gläubiger angenommen. In diesem Fall hatte der Verkäufer mehrere beschränkte Gattungskäufe abgeschlossen, wobei diese beschränkte Gattung dann später ohne sein Verschulden unzureichend geworden

1) § 700 HGB

Alle Schäden, die dem Schiff oder der Ladung oder beiden zum Zwecke der Errettung beider aus einer gemeinsamen Gefahr von dem Schiffer oder auf dessen Geheiß vorsätzlich zugefügt werden, sowie die durch solche Maßregeln ferner verursachten Schäden, ingleichen die Kosten die zu demselben Zweck aufgewendet werden, sind Große Haverei. Die Große Haverei wird von Schiff, Fracht und Ladung gemeinschaftlich getragen.

§ 716 HGB

Der gesamte Schaden, welcher die Große Haverei bildet, wird über das Schiff, die Ladung und die Fracht nach dem Verhältnis des Wertes des Schiffes und der Ladung und des Betrages der Fracht verteilt.

2) RGZ 84, 125 ff

war. Das RG hatte ihn daraufhin für berechtigt und verpflichtet erklärt, den verbleibenden Warenrest auf die verschiedenen Käufer im Verhältnis ihrer Anteile zu verteilen ¹⁾.

Wenngleich die Bezeichnungen für diese Schadenssituation verschieden sind und die Argumentationen andere Wege einschlagen, so wird doch das Ergebnis fast einhellig bestätigt. Während das RG ²⁾ seine Entscheidung aus einer zwischen den Käufern bestehenden Interessengemeinschaft und § 242 BGB begründet, stellen De Boor ³⁾ und Enneccerus/Lehmann ⁴⁾ nur auf § 242 BGB ab. Esser ⁵⁾ sieht mit einer Schadensgemeinschaft ein Kürzungsrecht des Verkäufers gegeben; Larenz ⁶⁾ argumentiert mit einem Gemeinschaftsprinzip.

Eine verhältnismäßige Befriedigung der Gläubiger lehnt - soweit ersichtlich - nur Wolf ⁷⁾ ab, der sich diesbezüglich zu Unrecht auf v. Staudinger beruft ⁸⁾.

-
- 1) die bei Enneccerus/Lehmann, § 1 V 3, zitierte Entscheidung RGZ 88, 390 befaßt sich nicht wie angegeben mit dem teilweisen Untergang einer für mehrere Käufer bestimmten Sammelladung
 - 2) RGZ 84, 125 ff
 - 3) S. 130 ff, insbes. 140 ff
 - 4) § 1 V 3
 - 5) SR Bd. II, 4. Aufl., § 97 III 1 c
 - 6) Vertrag und Unrecht, I. Teil, S. 134
 - 7) JuS 62, 101 ff
 - 8) In der dort zitierten Anm. C 240 zu § 242 spricht sich v. Staudinger(-Weber) wohl gegen eine allgemeine Gefahrengemeinschaft aus, desgleichen gegen eine gemeinsame Tragung der Gefahr, doch für den hier einschlägigen Fall des teilweisen Warenunterganges bei beschränkten Gattungsschulden hält v. Staudinger sehr wohl eine gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger aus Treu und Glauben heraus für gerechtfertigt, v. Staudinger, § 242 Anm. C 265, ebenso v. Staudinger, § 241 Anm. 109 und § 243 Anm. 21.

bb) Summierte Immissionen

Mit Baur ¹⁾ sind darunter jene Fälle zu verstehen, bei denen

- mehrere Immissionen, die von mehreren Störern ausgehen und erst zusammen, d.h. in ihrem Zusammenwirken wesentlich sind bzw. über das zumutbare Maß hinausgehen

oder

- zwar mehrere Immissionen vorliegen, jedoch schon jede einzelne ausreicht, den Schaden herbeizuführen.

Westermann ²⁾ spricht von summierter Emission ³⁾ und schränkt diesen Begriff schon im Vorfeld sehr stark ein, wenn er darunter nur jenen Fall versteht, bei dem erst das Zusammenwirken, die Addition, der Einwirkungen von verschiedenen Grundstücken das beeinträchtigte Grundstück wesentlich trifft.

Nach der zunächst wohl überwiegenden Meinung sollte im ersten Fall, bei dem erst die Gesamtwirkung aller Immissionen die Schädlichkeitsgrenze überschreitet, eine anteilige Haftung der Störer nach dem jeweiligen Ausmaß der einzelnen Einwirkung stattfinden ⁴⁾. Anders ausgedrückt sollte hinsichtlich der Ausgleichs- und Schadensersatzpflicht die Haftung des einzelnen Störers dem Anteil seiner Emission entsprechen ⁵⁾.

1) § 25 IV 2 e dd

2) § 63 II 3 d bb

3) entscheidend sind jedoch in erster Linie die Einwirkungen auf das betroffene Grundstück, also die Immissionen

4) Baur, § 25 IV 2 e dd

5) Palandt, 35. Aufl., § 906 Anm. 6 d

Der zweite Fall, bei dem jede Störung für sich allein schon die Duldungsgrenze überschreitet, ist nach Baur ¹⁾ über eine gesamtschuldnerische Haftung der Störer zu lösen; so auch Palandt ²⁾, der jeden Emittenten je nach Rechtslage auf Unterlassung in Anspruch nehmen will bzw. gesamtverbindlich für Ausgleichs- und Schadensersatzansprüche haften läßt.

Nach der jetzt vom BGH ³⁾ vertretenen Auffassung sollen für den Fall, daß die Störungen erst in ihrem Zusammenwirken die Grenze ausgleichsloser Duldungspflicht überschreiten, Geldausgleichsansprüche gegen alle Störer als Gesamtschuldner bestehen ⁴⁾. Überschreitet dagegen jeder Störer schon für sich die Grenze ausgleichsloser Duldungspflicht, so besteht gegen jeden Störer ein Geldausgleichsanspruch in Höhe des Anteils an der Gesamtbeeinträchtigung ⁵⁾.

b) Öffentliches Recht

aa) Sicherheits- und Polizeirecht

Auch im Bereich des Sicherheits- und Polizeirechts können Adressatenfragen auftreten; es handelt sich dann um eine Konkurrenz von Maßnahmen gegen mehrere polizeipflichtige Personen.

1) § 25 IV 2 e dd

2) 35. Aufl., § 906 Anm. 6 d

3) NJW 76, 797 ff

4) so auch Palandt, § 906 Anm. 6 d

5) BGH, a.a.O.; Palandt, a.a.O.

(1) Bestimmung des Verantwortlichen

Die Polizei kann zum Zweck der Gefahrenabwehr einer Zivilperson aufgeben, eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu unterlassen bzw. zu beseitigen. Das Polizei- und Ordnungsrecht sieht als Adressaten solcher polizeilichen Maßnahmen grundsätzlich den Störer vor ¹⁾. Wer polizeipflichtig und damit Störer ist, richtet sich nach der Gefahren- bzw. Störungsursache.

Als Handlungsstörer wird dabei jene Person bezeichnet, die durch ihr Handeln oder Unterlassen ²⁾ die öffentliche Sicherheit und Ordnung stört oder gefährdet.

Zustandsstörer ist der Eigentümer oder Inhaber der tatsächlichen Gewalt über eine Sache, durch die die öffentliche Sicherheit und Ordnung gestört oder gefährdet wird.

Ein Verschulden an dieser Handlungs- oder Zustandsstörung wird nicht vorausgesetzt, da es sich um reine Verursachungshaftung handelt.

Die entsprechenden Vorschriften des Polizei- und Sicherheitsrechts über die Verantwortlichkeit bestimmen nun jedoch nicht, nach welchen Kriterien der Störer zu bestimmen ist; dies gilt sowohl für den Handlungs- als auch für den Zustandsstörer. Man muß deshalb zur Klärung dieser fundamentalen Frage auf

1) so auch §§ 4, 5 des Musterentwurfs eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder, Text gemäß Beschluß der Innenministerkonferenz vom 25. November 1977 (ME)

2) zutreffender deshalb der Begriff Verhaltensstörer, der nach dem allgemeinen Sprachgebrauch beide Verhaltensweisen abdecken würde

die in der Rechtslehre entwickelten Kausalitätstheorien zurückgreifen ¹⁾.

Wie im Zivil- und Strafrecht so ist auch im Polizei- und Ordnungsrecht von der Bedingungslehre und dementsprechend von der Conditio-sine-qua-non-Formel auszugehen ²⁾. Danach ist das Verhalten einer Person nur dann für die Gefahr ursächlich, wenn sie wenigstens eine der Bedingungen für die Entstehung der Gefahr darstellt. Das Polizei- und Ordnungsrecht kennt kein Schuldverfordernis ³⁾, so daß dieses Korrektiv zur Eingrenzung der rechtlich relevanten Verursachung nicht in Betracht kommen kann. Auf welche Weise aber nun hier die mit der Äquivalenztheorie eingeführte Vielzahl möglicher Ursachen eingeschränkt werden soll, ist in Literatur und Rechtsprechung strittig.

Nach der in Literatur und Praxis herrschenden ⁴⁾, auf die Rechtsprechung des preußischen OVG ⁵⁾ zurückgehenden Auffassung ist grundsätzlich nur die unmittelbare Verursachung der Störung relevant. Danach soll nur derjenige Störer sein, dessen Verhalten oder dessen Sache selbst unmittelbar die Gefahrenschwelle überschreitet. Der mittelbare Verursacher, der sog. Veranlasser, ist danach ebenso wenig verantwortlich wie derjenige, dessen Verhalten vor der Überschreitung der Gefahrengrenze liegt.

1) Scholler/Broß, S. 191; Götz, S. 98 f

2) Wacke DÖV 60, 93 ff; Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 189 f; Friauf, S. 197; Götz, S. 98

3) allgemeine Meinung, für alle: Wacke DÖV 60, 94; Mayer bei Mang/Maunz/Mayer/Obermayer, S. 522; Bay. VGH, Bay. VBl. 65, 280; OVG Münster, JZ 64, 368

4) Wacke DÖV 60, 94 f; Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 192 ff; Friauf, a.a.O.; Götz, S. 98 f; OVG Münster, OVG 5, 187; Hess. VGH, ESUGH 21, 31; Wü-Ba VGH, DÖV 49, 476

5) Pr. OVG 78, 261 ff; 80, 177 ff; 82, 343 ff

Nach einer anderen, ebenfalls verbreiteten Meinung ^{1), 2)} begründen alle jene Ursachen eine Polizeipflicht, die nach der Lebenserfahrung geeignet sind, eine Störung herbeizuführen (Adäquanztheorie). Dies läuft praktisch darauf hinaus, daß die Störung voraussehbar gewesen sein muß.

Nach der Theorie des sozialadäquaten Verhaltens ³⁾ soll eine polizeiwidrige Erfolgsverursachung das entscheidende Kriterium für die Bestimmung des polizeipflichtigen Störers sein. Dementsprechend können diejenigen Ursachen nicht zugerechnet werden und eine Störereigenschaft begründen, die sich im Rahmen sozialüblichen Handelns halten.

Die Theorie der rechtswidrigen Verursachung ⁴⁾ schließlich knüpft an die Rechtswidrigkeit als entscheidendes Kriterium für die Störerbestimmung. Danach soll nur derjenige Störer sein, der sich nicht dem Recht gemäß verhalten und seinen eigenen Rechtskreis überschritten hat.

(2) Mehrere Verantwortliche

Falls mehrere Personen für eine Störung verantwortlich sind, also eine Mehrheit von Störern vorhan-

-
- 1) So die amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern, Drucksache des Bayer. Landtags 2/4660, S. 18 zu Art. 9; ebenso die amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei, Drucksache des Bayer. Landtags 8/8134, S. 17 zu Art. 6 und 7 (Art. 7 und 8 PAG vom 24. Aug. 1978), die auf Art. 9 und 10 PAG vom 16. Okt. 1954 in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Okt. 1974 verweist.
 - 2) Berner, 7. Aufl., 1977, Art. 9 Anm. 2, der ergänzend zur Adäquanz eine Heranziehung des Kriteriums der Unmittelbarkeit befürwortet; ebenso Berner, 8. Aufl. 1979, Art. 8 Anm. 3; Schiedermaier, S. 156; Scupin, S. 641
 - 3) Hurst, AÖR 58, 43 ff
 - 4) Schnur, DVBl. 62, 1 ff; König, S. 329 ff; Wolff/Bachof, III § 127 I b

den ist, so entsteht das Problem der Adressatenkonkurrenz, für das es keine gesicherten Regeln gibt ¹⁾.

Nach Samper ²⁾ ist bei einem Zusammentreffen von Handlungs- und Zustandsstörung die Maßnahme primär gegen den Zustandsstörer zu richten, da der Zweck nachhaltiger erreicht werde, wenn die von der Sache ausgehende Störung ausgeschaltet wird. Beim Zusammentreffen mehrerer Handlungsstörer sei davon auszugehen, daß eine Maßnahme sich gegen jeden (d.h. gegen alle) Störer richten müsse; eine Auswahl nach Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit könne nicht stattfinden.

Drews/Wacke/Vogel/Martens ³⁾ sehen ebenfalls jeden von mehreren Störern als potentiellen Adressaten polizeilicher Maßnahmen, stellen es jedoch dem pflichtgemäßen Ermessen der Polizei anheim, an welchen und an wieviele der gemeinschaftlichen Störer man sich halten wolle. Die Behörde könne sich somit je nach Notwendigkeit auch an einen Störer allein oder aber an alle Störer gemeinsam wenden. Dies gelte sowohl für den Fall einer Mehrheit von Verhaltensstörern als auch von Zustandsstörern.

Unzutreffend sei deshalb die Auffassung des Wü-Ba VGH ⁴⁾, wonach sich die Polizei bei mehreren Störern an den zeitlich letzten halten müsse und andernfalls ein Ermessensverstoß vorliege ⁵⁾, ⁶⁾.

Bei einer Konkurrenz von Verhaltens- und Zustandsstörern sei schließlich die Zustandshaftung grundsätzlich subsidiär.

1) Scholler/Broß, S. 205

2) Art. 9 Anm. 3 ff

3) S. 180 ff

4) DVBl. 50, 475

5) ebenso OVG Berlin, NJW 53, 198 ff

6) noch in der 7. Auflage scheinen Drews/Wacke, S. 229 f, diese Meinung zu teilen

Nach Scholler/Broß ¹⁾ habe die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen eine der als Störer in Betracht kommenden Personen herauszugreifen; Anhaltspunkte für die Ermessensausübung ergäben sich aus der Art der Verantwortlichkeit. Es sei zulässig, die Person in Anspruch zu nehmen, die die zeitlich letzte Ursache für die Störung gesetzt habe. Es dürfe schließlich pflichtgemäßem Ermessen entsprechen, wenn der Verhaltensstörer vorrangig in Anspruch genommen werde; desgleichen die Person, die sowohl wegen ihres Verhaltens als auch für den Zustand einer Sache verantwortlich sei.

Götz ²⁾ führt schließlich aus, daß die Auswahl des in Anspruch zu nehmenden Störers nur insoweit eine Frage pflichtgemäßen Ermessens sei, als sie nicht schon durch die allgemeinen Grundsätze des geringsten Eingriffs und der Verhältnismäßigkeit vorbestimmt werde. Erst in zweiter Linie setze das Auswahlermessen ein. Entsprechend dem Grundsatz des geringsten Eingriffs sei derjenige in Anspruch zu nehmen, der die Störung mit dem geringsten Aufwand beseitigen könne. Schließlich sei der Handlungsstörer vor dem Zustandsstörer heranzuziehen, weil die Gefahr an der Wurzel bekämpft werden müsse.

Nach der Rechtsprechung ist die Behörde in der Auswahl unter mehreren Störern in der Regel nicht gebunden, da sie bei ihren zumeist eilbedürftigen Maßnahmen kaum dazu in der Lage sei festzustellen, wer letztlich zivilrechtlich für die Beseitigung der Störung haftbar sei ³⁾. Das Ermessen könne aber

1) S. 205 f

2) S. 96 ff

3) OVG Münster, OVGE 17, 185 ff

durch das Übermaßverbot, das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs eingeschränkt sein ¹⁾.

Dementsprechend sei unter mehreren gleichwertigen Störern zum einen der zeitlich und örtlich der Störung am nächsten stehende in Anspruch zu nehmen, da er sie regelmäßig am schnellsten beseitigen könne; zum anderen der sachlich leistungsfähigere, persönlich geeignetere oder weniger geschädigte ²⁾. Schließlich müsse der Doppelstörer (also Zustands- und Handlungsstörer zugleich) vor dem einfachen Störer ³⁾, der Handlungs- vor dem Zustandsstörer herangezogen werden ⁴⁾.

bb) Kartellrecht

Die hier zur Lösung anstehende Haftungsfrage scheint sich in § 26 GWB und damit sogar im Kartellgesetz selbst zu wiederholen, wenn auch auf anderer Ebene und unter anderen Vorzeichen.

§ 26 GWB erfaßt Fälle des Behinderungswettbewerbs, wobei Absatz 1 die Aufforderung zu Liefer- und Bezugssperren verbietet, also ein Boykottverbot ausspricht und Absatz 2 unbillige Behinderungen bzw. sachlich nicht gerechtfertigte, unterschiedliche Behandlung betrifft und ein diesbezügliches Diskriminierungsverbot statuiert.

Hinsichtlich dieses Diskriminierungsverbots stellt sich nun die grundsätzliche Frage, ob

- bei Produktionsengpässen ein zum Kreis der Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB gehörendes Unter-

1) OVG Rh.-Pf., Verw.Rspr. 19, 849 ff

2) OVG Münster, OVGE 17, 185 ff

3) OVG Berlin, NJW 53, 198

4) OVG Münster, OVGE 16, 289 ff

nehmen in seiner Absatzpolitik zwischen alten und neuen Kunden, zwischen bereits auf dem Markt vertretenen und gerade erst in den Markt eintretenden Firmen, sog. Newcomern, differenzieren darf, und weiter

- ein Lieferant bei allgemeiner und länger anhaltender Warenverknappung verpflichtet ist, Kaufinteressenten anteilsmäßig und zu vergleichbaren Preisen zu beliefern, evtl. sogar unter anteilsmäßiger Kürzung (Repartierung) bereits eingegangener Verpflichtungen ¹⁾.

Die hierzu vertretenen Meinungen zeigen jedoch, daß hieraus keine Lösungsansätze für die gegenständliche Problematik des § 18 GWB gewonnen werden können.

Denn nach Benisch ²⁾ darf ein Lieferant innerhalb eines Vertriebswegs den Abschluß von Abgabeverträgen verweigern, wenn sein Warenvorrat nicht ausreicht; ebenso ein Anbieter von Leistungen, wenn seine Leistungsfähigkeit erschöpft ist. Eine dahingehende Pflicht, die Nachfrage aller anteilsmäßig zu befriedigen, bestünde nicht, der Absatz könne vielmehr nach eigenen rationellen Überlegungen gestaltet werden.

Benisch ³⁾ beruft sich dabei auf die Abschlußfreiheit als Grundpfeiler der Wettbewerbsordnung. Er sieht in dieser Wahlfreiheit zugleich ein essentielles Äquivalent für das Risiko, das der im Wettbewerb stehende Unternehmer für sein Handeln zu tragen habe. Als notwendige Konsequenz dieser Freiheit nehme es die Wettbewerbsordnung aber hin, daß nicht je-

1) Reinhard, BB 75, 712

2) im Gemeinschaftskommentar, § 26 Anm. 48

3) a.a.O., Anm. 45

weils die Interessen aller Marktteilnehmer befriedigt werden könnten. Dieser Umstand sei dem Wettbewerbsprinzip immanent. Ein diesem Prinzip entgegengesetzter Kontrahierungszwang könne deshalb in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung nur die Ausnahme, nie aber die Regel bilden. Ohne gesetzliche Grundlage könne er deshalb nur mit äußerster Zurückhaltung angewendet werden.

Ähnlich nehmen auch der Frankfurter Kommentar ¹⁾ und Lipps ²⁾ Stellung, wenn bei Vorliegen sachlicher Gründe eine Behinderung des freien Wettbewerbs nicht als unbillig qualifiziert wird. Danach könne ein Unternehmen die Belieferung verweigern, wenn die Produktion nicht ausreiche, um alle Wünsche zu erfüllen. Eine Kontingentierung oder gar eine gleichmäßige Verteilung der vorhandenen Bestände sei nicht geboten.

Gegen das Diskriminierungsverbot soll jedoch nach Emmerich ³⁾ die Praxis vertikal integrierter Unternehmen verstoßen, bei einer Rohstoffverknappung primär die dem Konzern angehörenden Verarbeitungs- und Verteilungsunternehmen zu versorgen, die Belieferung der Konkurrenz auf den nachgeordneten Wirtschaftsstufen aber einzuschränken oder gar ganz einzustellen. In solchen Fällen soll für Unternehmen mit Zugang zu den entsprechenden Rohstoffquellen eine Re-
partierungspflicht bestehen.

1) § 26 Tz. 78

2) Tz. 184

3) § 19 2 b mit weiteren Nachweisen

4. Auswahl der zu suspendierenden Bindungen

An dieser Stelle sei nochmals hervorgehoben, daß § 18 GWB hier an eine Marktsituation anknüpft, in der Bindungen eines oder mehrerer Binder auf eine Weise zusammentreffen, daß sie in ihrer Gesamtwirkung eine Wettbewerbsbeschränkung auslösen und damit die Wettbewerbsfreiheit gebundener oder dritter Unternehmen unbillig einschränken bzw. den Wettbewerb als solchen wesentlich beeinträchtigen.

Die jeweils für sich betrachtet nicht zu beanstandenden Bindungen führen also in ihrer Kumulation zu der vom Gesetz mißbilligten Marktbeschränkung, die durch eine teilweise Aufhebung bestehender Bindungen wieder beseitigt werden kann.

4.1 Keine Gesamthaftung

Wenn nun mit den aufzuhebenden Bindungen die haftenden Unternehmen, also die Adressaten der kartellbehördlichen Unwirksamkeitserklärung bestimmt werden sollen, so ist gleich hier darauf hinzuweisen, daß die Postulierung einer Gesamthaftung im Außenverhältnis der Problematik nicht gerecht wird, vielmehr eine konkrete Suspendierung von Bindungen angezeigt ist.

Die Gesamthaftung, die z.B. bei der Gesamtschuld anzutreffen ist, bringt zwar für den Gläubiger den Vorteil, daß er jeden der Schuldner in vollem Umfang in Anspruch nehmen kann und diese sich in ihrem Innenverhältnis um Ausgleich zu bemühen haben. Eine solche Trennung von Innen- und Außenausgleich läßt sich jedoch mit der von § 18 GWB vorgesehenen Rechtsfolge nicht in Einklang bringen, wenn danach bestimmte Ver-

träge für unwirksam erklärt und nicht nur ein Kreis von Betroffenen abgesteckt werden sollen ¹⁾.

Es sind also sowohl die Adressaten der Suspendierung als auch - bei mehreren solchen Adressaten - zugleich ihre Beteiligungsquoten zu fixieren, um damit bestimmte Verträge für unwirksam zu erklären.

4.2 Mögliche Ordnungsprinzipien

Der Blick auf die oben dargestellten zivilrechtlichen Vergleichstatbestände führt zunächst zu Lösungswegen, die, an eine Chronologie anknüpfend, ausschließlich mit dem Zeitpunkt der jeweiligen Intervention durch die Beteiligten arbeiten und damit einzig auf die zeitliche Komponente abstellen. Dies wird für den Bereich der dinglichen Rechte mit einer starren Rangordnung (prior oder posterior tempore), für das Gebiet des Schuldrechts

1) als Beispiel:

§ 736 HGB, Zusammenstoß durch gemeinsames Verschulden der Besatzungen.

Ist der Zusammenstoß durch gemeinsames Verschulden der Besatzung der beteiligten Schiffe herbeigeführt, so sind die Reeder dieser Schiffe zum Ersatz des Schadens, der durch den Zusammenstoß den Schiffen oder den an Bord befindlichen Sachen zugefügt wird, nach Verhältnis der Schwere des auf jeder Seite obwaltenden Verschuldens verpflichtet. Kann nach den Umständen ein solches Verhältnis nicht festgesetzt werden, oder erscheint das auf jeder Seite obwaltende Verschulden als gleich schwer, so sind die Reeder zu gleichen Teilen ersatzpflichtig.

Für den Schaden, der durch die Tötung, oder die Verletzung des Körpers oder der Gesundheit einer an Bord befindlichen Person entstanden ist, haften die Reeder der Schiffe, wenn der Zusammenstoß durch gemeinsames Verschulden herbeigeführt ist, dem Verletzten als Gesamtschuldner. Im Verhältnis der Reeder zueinander gelten auch für einen solchen Schaden die Vorschriften des Abs.1.

mittels der Maxime "wer zuerst kommt, mahlt zuerst", also mit dem Präventionsprinzip ¹⁾ erreicht.

Die Vorteile eines solch starren und undifferenzier-ten Ordnungsprinzips sind evident, wenn damit auf eine für alle Beteiligten überschaubare Weise Ordnungsgrundsätze geschaffen werden. Es kommt hinzu, daß eine solche Regelung einfach zu praktizieren ist und sich deshalb im dynamischen Spiel der Kräfte in der bestehenden Wettbewerbsordnung behaupten kann. Ein solches Ordnungsprinzip trägt schließlich auch dem verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit Rechnung, wenn danach jeder Marktteilnehmer seine Chancen wahrnehmen und verwirklichen kann.

Einer grundsätzlichen Anwendung dieses Ordnungsprinzips auf die erwähnten Sachbereiche steht auch nicht entgegen, daß der Ordnungsfaktor der zeitlichen Reihenfolge mitunter versagen muß, wenn mit einer gleichzeitigen Intervention der Beteiligten gerade die ausschlaggebende Komponente, der Faktor Zeit, fehlt.

Daneben darf aber nicht verkannt werden, daß es sich bei diesem, vom Primat der Zeit abgeleiteten Ordnungssystem nur um eines von mehreren möglichen Ordnungsprinzipien handelt. Weiter ist zu beachten, daß der dabei bestimmende Faktor der zeitlichen Reihenfolge manchen Problemgebieten durchaus fremd ist und damit in diese Gebiete einen undifferenzierten sachfremden Ordnungsgrundsatz hineinträgt und zu ebensolchen Lösungen führt.

1) Für die Mittelvergabe aus dem Konjunkturprogramm auch als "Windhund-Verfahren" bezeichnet, so SZ Nr. 197 vom 29. August 1975, S. 23, Schnelle Bauherren haben die größte Chance, ohne Angabe des Verfassers.

Dem trägt die Zivilrechtsordnung Rechnung, wenn sie verschiedentlich an andere Kriterien anknüpft und zu entsprechend anderen Ordnungsprinzipien gelangt.

So etwa, wenn bei konkurrierenden Unterhaltsansprüchen nicht der zeitliche Aspekt im Vordergrund steht, sondern unter Abwägung der Schutzbedürftigkeit der betroffenen Personen eine entsprechende Regelung getroffen wird. Oder aber, wenn bei konkurrierenden und somit kollidierenden Ansprüchen mehrerer Geschädigter aus einem Kraft- oder Luftfahrzeugunfall eine verhältnismäßige Befriedigung für den Fall angeordnet wird, daß die Haftungssumme nicht zur vollen Befriedigung aller Ansprüche, d.h. zur Abdeckung aller Schäden ausreicht.

Ähnliche Grundsätze gelten im Konkurs- und Vergleichsverfahren - abgesehen von bevorrechtigten Forderungen, die sich aus einer teilweise recht fragwürdigen besonderen Schutzbedürftigkeit rechtfertigen sollen - mit der gemeinschaftlichen, anteiligen Befriedigung. Hier geht es darum, im Interesse aller persönlichen Gläubiger einen chaotischen Ansturm der einzelnen und eine mit starken Einbußen verbundene Einzelverwertung zu verhindern und eine weniger verlustreiche, geordnete Liquidation und anteilige Auskehrung des Erlöses durchzusetzen.

Ebenfalls eine verhältnismäßige Schadenstragung und -verteilung findet bei der sog. Großen Haverei des Seehandelsrechts statt, bei der Aufwendungen für eine der Rettung dienende Aktion von allen durch sie Begünstigten zu tragen sind. Ihre Beteiligung bestimmt sich nach dem Ausmaß ihrer Interessen, das sich wiederum aus dem Wert der betroffenen Güter ergibt.

Bei den zuletzt genannten Fällen ist ein weiteres Ordnungsprinzip zu erkennen, nämlich die anteilige Be-

friedigung bzw. Schadenstragung. Die gesetzgeberischen Motive für dieses Ordnungsprinzip sind vordergründig zwar verschieden, reduzieren sich bei genauerer Analyse aber letztlich auf den Gedanken, daß die Bevorzugung einzelner entweder der Sache selbst abträglich oder zumindest doch unbillig wäre. Dies gilt auch für den von der Rechtsprechung auf diese Weise gelösten Fall des teilweisen Unterganges von Waren, die den Gegenstand beschränkter Gattungskäufe bilden.

Damit stellen sich fast alle diese Fälle der anteiligen Befriedigung bzw. Schadenstragung in ihrem abstrakten Kern so dar, daß eine zur Befriedigung mehrerer Gläubiger dienende Masse evident nicht für alle ausreicht, zur Differenzierung berechtigende Gründe nicht vorliegen und deshalb ein zentrales Verteilungsverfahren angezeigt ist.

Dieses hier für die anteilige Befriedigung bzw. Schadenstragung aufgezeigte Ordnungsprinzip wiederholt sich in den Fällen anteiliger Haftung. So, wenn im Recht der unerlaubten Handlung ein Innenausgleich über § 426 BGB stattfindet und dabei von der Rechtsprechung gemäß dem Gedanken des § 254 BGB die jeweiligen Anteile nach dem Grad von Verursachung und Verschulden bestimmt werden. Es wiederholt sich ferner in den Fällen der summierten Immissionen, wenn die Haftung des einzelnen Verursachers nach dem Anteil seiner Emission bestimmt wird.

4.3 Auswahl der Haftenden

Damit sind die hier in Betracht kommenden Ordnungsprinzipien soweit herausgearbeitet, daß eine Lösung der gegenständlichen Problematik diskutiert werden kann. Nach den obigen Erörterungen könnte das bei

der Verursachung einer Störung durch Bindungen mehrerer Unternehmen anzuwendende Ordnungsprinzip an verschiedene Faktoren anknüpfen.

Nächstliegend das Zeitmoment, also die Unterscheidung nach prioren und posterioren Bindungen. Doch gleichgültig für welche zeitliche Reihenfolge man sich nun entscheiden wollte, handelte es sich dabei doch um ein ungeeignetes, weil sachfremdes Unterscheidungskriterium. Denn in dem für die kartellbehördliche Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt stören sämtliche Bindungen, gleichgültig ob sie nun früher oder später auferlegt wurden. Eine Differenzierung nach der Dimension Zeit ließe zudem außer acht, daß gerade im Falle der summierten Störung jeder dieser Bindungen eine schädliche Störwirkung immanent ist und diese nur durch die weiteren, später hinzukommenden Bindungen evident zu Tage tritt.

Wollte man nun darangehen, mit den posterioren jene Bindungen zu eliminieren, die die Störungsschwelle überschreiten und somit das kartellbehördliche Einschreiten auslösen, so könnte das eine Entwicklung einleiten, bei der manche Unternehmen ihren Abnehmern im Wege vorbeugenden Verhaltens überproportional viele oder weitreichende Bindungen auferlegen, nur um sich mit einer solchermaßen erzielten Priorität für alle zukünftigen Fälle einen Bestandschutz zu sichern. Folge dieser im Wettlauf um den Bestandsschutz vermehrt auferlegten Bindungen wäre eine weder vom Gesetzgeber oder den Kartellbehörden noch von Kreisen der Wirtschaft erwünschte Verengung des Marktes, namens einer Maßnahme, die eigentlich der Gewährleistung des freien Wettbewerbs und der Öffnung des Marktes dienen sollte.

Unabhängig von diesem Wettlauf um Priorität und damit verbundenem Bestandsschutz würde eine solche

Handhabung des Eingriffsinstrumentariums durch die Kartellbehörden in erster Linie aber schon gegen die vom Gesetz selbst festgelegten Zwecke der Vorschrift des § 18 GWB verstoßen; dabei ist zu berücksichtigen, daß erst diese Gesetzeszwecke den staatlichen Eingriff in die Wirtschaftsordnung rechtfertigen.

Am deutlichsten tritt dies bei der Variante der lit. b zutage, die auch den Konkurrenten der bindenden Unternehmen Individualschutz zukommen läßt. Denn zu diesen geschützten Wettbewerbern zählen auch die sog. Newcomer, gleichgültig ob sie nun erstmalig in den Markt eintreten oder in weitere Teilbereiche vordringen.

Wenn nun in Anwendung des Prioritätsprinzips die Bindungen der Posteriores suspendiert werden, so träte damit zunächst der erwünschte Erfolg ein, der Markt würde wieder geöffnet, ein Marktzutritt ermöglicht werden. Hätten sodann die augenscheinlich davon begünstigten Newcomer Zutritt zu diesem Markt gefunden, begäßen sie Fuß zu fassen und wären sie im Begriff diese neue Position mittels u.U. notwendig werdender Bindungen zu festigen, so erschiene es durchaus denkbar, daß mit diesen Bindungen wieder die Störungsschwelle überschritten würde. Der Eingriff der Kartellbehörden müßte sich dann entsprechend dem Prioritätsprinzip gegen die Posteriores, mithin also gegen jene richten, denen man soeben mittels derselben Vorschriften den Markt geöffnet hatte. Als Fazit ergäbe sich damit die groteske Situation, daß den geschützten Newcomern zwar der Markt eröffnet, ihr Verbleiben auf dem Markt aber sogleich wieder in Frage gestellt wäre. Was sollte aber eine Durchsetzung des Marktzutritts nützen, wenn damit nicht zugleich die Möglichkeit sinnvoller Betätigung auf dem Markt eröffnet würde.

Wollte man dieses Prioritätsprinzip auch bei Eingriffen gemäß lit. a und c anwenden, so brächte man die Ziele der einzelnen Varianten der lit. a bis c miteinander zum Kollidieren. Denn während man entsprechend diesem Ordnungsprinzip auf der einen Seite die Posterioren ausschaltet, sollen auf der anderen gerade die Neulinge gefördert werden. Das würde aber einen Verstoß gegen die erklärten Ziele des § 18 GWB bedeuten, die gleichrangig nebeneinander stehen. Ein Schutzgut darf hier nicht zu Lasten des anderen durchgesetzt werden. Diese Schwäche des Prioritätsprinzips zeigt sich besonders deutlich bei einer non-liquet-Lage, die aus dem Zusammentreffen der tatbestandlichen Voraussetzungen der lit. b und a bzw. c resultieren könnte.

Würde man nun darangehen, die Bindungen der Prioren zu suspendieren, so wären die oben dargelegten Bedenken zwar ausgeräumt, an ihre Stelle müßten aber andere, ebenso gewichtige treten. Vordergründig betrachtet wäre ein solches Vorgehen an den Zielen des § 18 GWB orientiert, insbes. Wettbewerb und Newcomer würden geschützt, wenn durch das Ausschalten der Prioren in den Wettbewerb eine starke Dynamik und Marktöffnung hineingetragen werden würde. Genauer besehen könnte diese Wirkung jedoch ins Gegenteil umschlagen. Denn mit einer mehr oder weniger umfassenden Ausschaltung der prioren Bindungen wäre in vielen Fällen ein Verdrängen ihrer Urheber vom Markt verbunden; dann nämlich, wenn eine Bindung von Abnehmern in gewissem Umfang für eine geordnete Absatz- und Betriebsstrukturierung erforderlich ist. Damit würden im Endeffekt schließlich solide strukturierte Unternehmen vom Markt gedrängt werden, zugunsten von Konkurrenten, bei denen infolge ihrer Anlauf- und Aufbauphase naturgemäß eine solche Konsolidierung noch nicht eingetreten ist. Es bestünde dann die Gefahr sowohl einer Schwächung

der Gesamtwirtschaft als auch der Herbeiführung einer strukturbedingten Krisenanfälligkeit. Träte dann endlich eine zunehmende Festigung dieser posterioren Unternehmen ein, so steuerten sie, infolge von Zeitablauf und Marktbewegung schon fast zu Priorien geworden, einer Aufhebung ihrer Bindungen und damit eventuell sogar einer Eliminierung vom Markt entgegen.

Ein an der Chronologie, der zeitlichen Reihenfolge der Bindungen ausgerichtetes Ordnungssystem kann also den erklärten Zielen des § 18 GWB nicht gerecht werden. Das ist letztlich darauf zurückzuführen, daß das Problem ausschließlich zu Lasten einer bestimmten Gruppe von Marktteilnehmern gelöst wird und mit der Heranziehung nur einzelner Unternehmen aber insgesamt keine offenere Wettbewerbspolitik und Markttöffnung herbeizuführen ist. Denn während einerseits die nicht betroffenen Unternehmen ihre Position voll halten können, werden die anderen in voller Härte von der Suspendierung erfaßt. Der staatliche Eingriff der Unwirksamkeitserklärung beschränkt sich dann nicht mehr auf eine umsichtige und vorsichtige Korrektur, sondern artet in einen Kraftakt aus.

Diese schädlichen Wirkungen können aber vermieden, die von § 18 GWB verfolgten Ziele durchgesetzt werden, wenn man alle diesbezüglich bindenden Unternehmen haften läßt und deren Bindungen anteilig erfaßt.

Den von Gesetz und Rechtsprechung auf diese Weise gelösten Fällen liegt ein Sachverhalt zugrunde, bei dem eine zu verteilende Menge von Gütern oder ein Geldbetrag nicht zur vollen Befriedigung aller Beteiligten ausreicht. Diese Fallsituation wäre jedoch noch auf vertretbare Weise mit dem Präventionsprinzip zu lösen, kämen nicht Aspekte hinzu, die eine solche Abwicklung als unbillig oder sachfremd erscheinen lassen. So bei konkurrierenden Unterhaltsansprüchen von Personen, deren Schutzwürdigkeit insgesamt im Vorder-

grund steht und gleich zu bewerten ist; ebenso bei Schadensersatzansprüchen mehrerer Verletzter, für deren Ausgleich nur ein beschränkter Geldbetrag zur Verfügung steht.

Der hier zu lösenden Problematik kommen jedoch jene Fälle noch wesentlich näher, bei denen zum gemeinsamen Wohle Güter geopfert werden müssen und der daraus entstehende Schaden sodann auf alle Begünstigten umgelegt wird. So bei der Großen Haverei oder deutlicher noch im Falle der sog. Interessen-, Gefahren- oder Risikogemeinschaft, bei der eine Ware als Gegenstand einer beschränkten Gattungsschuld an mehrere Interessenten verkauft wird, danach aber ein Teil der beschränkten Gattung untergeht. Infolge dieser nachträglichen Reduzierung der zur Verfügung stehenden Menge können nicht mehr alle Gläubiger in vollem Umfange befriedigt werden.

In wesentlichen Punkten vergleichbar ist der Fall der summierten Marktstörung, wenn durch an sich erlaubte Bindungen mehrerer Binder eine nicht mehr zu tolerierende Störung auftritt, der Markt also nicht alle bestehenden Einschränkungen schadlos aufnehmen kann. Auch hier ist die Summe aller vertretbaren Bindungen festzustellen und der daraus resultierende Anteil der einzelnen Unternehmen zu bestimmen, bzw. umgekehrt die Anzahl der zu suspendierenden Bindungen anteilig festzusetzen.

Da keine Präferierung entsprechend der zeitlichen Reihenfolge angezeigt ist, muß das anzuwendende Ordnungsprinzip an die Ursache der zu beseitigenden Störung anknüpfen. Diese liegt in den von den einzelnen Unternehmen auferlegten Bindungen. Dem Rechnung tragend kommen also dem Grunde nach die Bindungen aller auf dem Markt vertretenen Binder für eine Suspendierung in Betracht.

4.4 Bestimmung der Haftungsquoten

Wenn nun grundsätzlich jede Bindung der Suspendierung unterliegt, so gilt es jetzt, einen Maßstab zu entwickeln, entsprechend dem die aufzuhebende Gesamtzahl von Bindungen auf die einzelnen Binder umzulegen ist. Für eine solche Bestimmung des auf den einzelnen Binder entfallenden Anteils (der Höhe nach) bieten sich wieder verschiedene Anknüpfungspunkte. So kommt eine Bestimmung der Haftungsquote

- (a) nach Köpfen, d.h. nach Anzahl der bindenden Unternehmen,
- (b) entsprechend der jeweiligen Anzahl der Bindungen des betreffenden Unternehmens,
- (c) entsprechend der jeweiligen Relation von Bindungen zu Marktanteil

in Betracht.

Bei einer pro-Kopf-Haftung ist die Gesamtzahl der aufzuhebenden Bindungen durch die Anzahl der Binder zu dividieren und so die für alle Unternehmen gleich große Quote zu bestimmen.

Den aus dieser einfachen Berechnungsweise resultierenden Vorteilen für die praktische Anwendung stehen aber schwerwiegende Nachteile entgegen. Denn entsprechend der simplifizierten Methode, die nur eine beschränkte Auswahl von verursachenden Faktoren verwertet, muß die Lösung sehr global und undifferenziert ausfallen. Um das an einem Beispiel zu verdeutlichen, soll von einem fiktiven Fall mit 500 auszuschaltenden Bindungen und 10 Bindern ausgegangen werden. Bei einer gleichmäßigen pro-Kopf-Verteilung treffen dann auf jedes Unternehmen 50 zu suspendierende Bindungen, gleichgültig ob dieses nun 1000 oder nur 100 Bindungen unterhält.

An diesem Beispiel wird erkennbar, daß sich die Proportionen stark verschieben und vielfach bindende Unternehmen unter ihrem Verursachungsanteil in Anspruch genommen werden. Dies wirkt sich zu Lasten der in geringerem Umfang Bindenden aus, die damit über ihren eigentlichen Verursachungsanteil hinaus für andere Binder haften.

Eine verhältnismäßige Haftung nach dem jeweiligen Anteil des einzelnen Unternehmens an der Gesamtzahl der Bindungen korrigiert die oben aufgezeigten Verzerrungen und kommt damit einer sachgerechten Lösung schon wesentlich näher.

Denn eine auf diese Weise vorgenommene Quotenbestimmung stellt auf das in der Anzahl der Bindungen liegende konkrete Maß der Störungsverursachung ab. Der hier zugrundezulegende Berechnungsmodus muß naturgemäß komplizierter ausfallen, wenn entsprechend dem Verhältnis aller Bindungen zu den von den einzelnen Unternehmen ausgehenden Bindungen Schlüsselzahlen zu bilden sind, nach denen dann die zu suspendierenden Bindungen verteilt werden. Ein umfänglich bindendes Unternehmen wird damit entsprechend seinem Verursachungsanteil herangezogen.

Aber auch diese Art der Quotenbestimmung kann noch zu der unerwünschten Entwicklung führen, daß manche Unternehmen im Wege der Prophylaxe wesentlich mehr Bindungen auferlegen als eigentlich notwendig wären, um so eine Suspendierung ihrer Kernbindungen im Vorfeld abzufangen. Folge davon wäre nicht nur eine beschleunigte Wettbewerbsverengung, die den erklärten Zielen des Gesetzes widerspricht, sondern vor allem auch eine von der Unwirksamkeitserklärung ausgehende Benachteiligung jener Unternehmen, die diese Strategie nicht verfolgen und sich mit ihren Bindungen Zurückhaltung auferlegen, sich also weit wettbewerbskonformer verhalten.

Eine nur am Bindungsanteil orientierte Quotation kann einer solchen Entwicklung nicht Rechnung tragen, da ein Faktor zur Messung der Bindungsintensität, also des Verhältnisses von Bindungen zu Marktanteil fehlt.

Dieser wesentliche Faktor der Bindungsintensität geht aber in die Quotation ein, wenn bei der Ermittlung des Verteilungsschlüssels die Relation von Bindungen zu Marktanteil berücksichtigt wird.

Es wird naturgemäß das Verfahren erschweren, wenn neben der Zahl der insgesamt aufzuhebenden Bindungen und der Zahl der von den einzelnen Unternehmen ausgehenden Bindungen auch noch der jeweilige Marktanteil festzustellen ist, doch führt einzig dieser Weg zu einer befriedigenden Lösung. Denn dabei ist dann nicht nur berücksichtigt, daß selbst das Gesetz Bindungen von Abnehmern - in Grenzen - als erlaubt und notwendig betrachtet, sondern auch, daß der Verteilungsschlüssel am realen Maß der Verursachung orientiert ist. Jedes Unternehmen haftet für den Umfang seiner Marktstörung, die sich nicht nur aus der numerischen Bindungszahl, sondern vor allem aus der Beschaffenheit der Absatzstruktur ergibt. Es haftet also nicht auch für andere Unternehmen bzw. kann im umgekehrten Fall keinen Gewinn aus dem marktpolitisch zurückhaltenden, wettbewerbskonformen Verhalten anderer Unternehmen ziehen. Dieser Bewertungs- und Verteilungsschlüssel verleitet auch nicht dazu, im Wege prophylaktischer Strategie ein Schutzfeld von überzähligen Bindungen aufzubauen, so daß Marktverengungen nicht beschleunigt eintreten. Weiterhin dürfte dieser Lösungsweg ein marktkonformes Verhalten aller potentiell bindenden Unternehmen erwarten lassen, wenn deren Bindungen nicht nur an der abstrakten Zahl, sondern auch an der konkreten Intensität ge-

messen werden, also eine Abwälzung der Folgen auf andere Binder nicht möglich ist.

4.5 Zusammenfassung

Nachdem die Bindungen aller Unternehmen als kausal für die Marktstörung und deshalb auch als potentielle Ziele einer kartellbehördlichen Unwirksamkeitserklärung erkannt waren, galt es nun, die jeweiligen Haftungsquoten zu bestimmen.

Eine Aufhebung aller bestehenden Bindungen als einfachste Lösung, konnte aus vielfachen Gründen nicht in Betracht kommen. Denn eine solche globale Suspension würde gegen den Grundsatz des Übermaßverbotes verstoßen, der hier als Prinzip der Erforderlichkeit des Mittels auftritt, wenn der zu bekämpfenden Marktstörung mit dem milderen Mittel einer teilweisen Aufhebung zu begegnen ist. Ähnlich ein zweiter Grund, der darin zu sehen ist, daß § 18 GWB nur zur Beseitigung der Störung, nicht aber zur gänzlichen Aufhebung aller bestehenden Bindungen ermächtigt.

Als mögliche Lösungswege kamen deshalb in Betracht

- die Beseitigung der zuerst vereinbarten Bindungen,
- die Beseitigung der zuletzt vereinbarten Bindungen,
- Einschränkungen bei allen Bindern.

Entsprechend der in verschiedenen Rechtsgebieten geregelten Rang- und Kollisionsfragen boten sich für die vorliegende Problemstellung parallele Lösungswege. Diese festzustellen und auf ihre Anwendbarkeit hin zu überprüfen, galten die diesbezüglichen Vergleiche und Untersuchungen.

Unabhängig von Anwendungsgebiet und spezifischer Ausrichtung ließen sich systematisch zwei Lösungswege und Ordnungsprinzipien feststellen. Ein erstes Prinzip, das sich an der Chronologie, an der zeitlichen Reihenfolge, dem Zeitpunkt der Intervention orientiert, ein zweites Prinzip, das unter Gleichstellung der aufeinandertreffenden Interessen eine verhältnismäßige Befriedigung bzw. Haftung postuliert.

Die anschließende Analyse der gegebenen wettbewerbsrechtlichen Situation zeigte sodann, daß dem beim chronologischen Ordnungsprinzip entscheidenden Kriterium des Zeitmomentes hinsichtlich der Beurteilung störender Bindungen nur begrenzte Bedeutung und Eignung zukommen kann. Denn im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung stören sämtliche Bindungen, gleichgültig ob sie nun früher oder später auferlegt wurden. Dies wird insbesondere dadurch verdeutlicht, daß bei Überschreiten der Störungsschwelle durch neu eingeführte Bindungen die schon vorhandene, latente Störungswirkung der prioren Bindungen evident zu Tage tritt.

Daneben würde ein solches Ordnungsprinzip geradezu dazu auffordern, möglichst frühzeitig Bindungen aufzuerlegen, um auf diese Weise für fast alle Zeiten einen Bestandsschutz garantiert zu wissen. Es richtet sich des weiteren gegen das erklärte Ziel des Gesetzes, Newcomern den Markt zu öffnen, wenn deren Marktzugang zwar ermöglicht, ihr dauernder Verbleib aber sogleich wieder in Frage gestellt ist, sofern diese Newcomer selbst auch nur eine Bindung auferlegen sollten.

Alle diese schädlichen Wirkungen können mit einem Ordnungsprinzip vermieden werden, das die Bindungen aller Störer erfaßt und durch eine anteilige Suspendierung die Marktstörung beseitigt.

Wenn damit dem Grunde nach die Bindungen aller Unternehmen für eine Unwirksamkeitserklärung in Betracht kommen, so bleibt noch die Quotenbestimmung, also die Feststellung der Anteilshöhe.

Auch hier bieten sich mehrere Möglichkeiten, wenn diese

- gleichmäßig nach Anzahl der Köpfe,
- entsprechend dem Bindungsanteil des einzelnen Unternehmens,
- entsprechend dem jeweiligen Verhältnis von Bindungen zu Marktanteil

festgelegt werden können.

Während eine gleichmäßige pro-Kopf-Verteilung mit dem Ausmaß des jeweiligen Beitrags zur Störung das essentielle Kriterium außer acht läßt, kommt eine verhältnismäßige Haftung nach der Anzahl der Bindungen einer sachgerechten Lösung schon wesentlich näher. Doch auch diese Methode vernachlässigt mit dem Verhältnis von Bindungen zu Marktanteil eine Maßzahl für die Intensität und Dichte der Störungen. Im Ergebnis muß also die bei der Quotation anzuwendende Methode sowohl an Anzahl als auch Dichte der Bindungen anknüpfen.

5. Praktische Anwendung

Die für die Summierung gleichartiger Praktiken entwickelte Lösungsmethode erfaßt die Bindungen sämtlicher Störer und beseitigt mittels anteiliger Suspendierung die davon ausgehenden Marktstörungen. Intensität und Dichte der Bindungen bestimmen das Maß, den Umfang des jeweiligen Eingriffs, gehen also in die Quotation ein, die sich dementsprechend nach dem Verhältnis von Bindungen zu Marktanteil bestimmt.

5.1 Darstellung

Der hier eingeschlagene Lösungsweg soll nun an Hand des leicht abgewandelten Einschraubmaschinenfalles ¹⁾ dargestellt werden.

In dem erwähnten Fall binden die Hersteller von sog. Einschraubmaschinen einen Großteil ihrer Abnehmer, seien es Mieter oder Käufer, diese Geräte ausschließlich mit den jeweils vom selben Geräteproduzenten hergestellten Schrauben zu betreiben. Diese Verbindung von Überlassung der äußerst begehrten Maschinen mit einem Schraubenbezug verdrängt die anderen (Nur-) Schraubenhersteller vom Markt.

Durch die Bindungen werden die Abnehmer in der Verwendung der Einschraubmaschinen beschränkt, da sie diese ohne bestimmtes Zubehör nicht benutzen dürfen; es handelt sich um eine Verwendungsbeschränkung nach Absatz 1 Nr. 1 ²⁾.

Im Beispielsfall beherrschen drei Unternehmen annähernd den gesamten Markt; es sind folgende Marktanteile und Bindungen festzustellen:

Hersteller A mit	20 % Marktanteil	100 Bindungen
B	30 %	150
C	40 %	150
Insgesamt	90 % Marktanteile ³⁾	400 Bindungen

1) Bericht des BKartA 1968, S. 40

2) Dieser Fall weist zudem auch Züge einer Bezugsbindung oder eines Koppelungsgeschäfts auf, dies ist jedoch für die gegenständliche Darstellung ohne Belang.

3) Die verbleibenden 10 % Marktanteil sollen sich auf nichtbindende Hersteller, Importe und dergleichen verteilen.

Wenn nun beispielsweise 30 % aller Bindungen abgebaut werden müssen um den Markt wieder zu öffnen, so sind von den 400 bestehenden Bindungen 120 zu suspendieren, 280 Bindungen können also aufrechterhalten werden.

a) Entsprechend Marktanteilen und Anzahl der auferlegten Bindungen könnte sich das Gesamtkontingent nun folgendermaßen verteilen:

A (20 % / 100 B.):	zulässig 56, aufzuheben	44 Bindungen
B (30 % / 150 B.):	84	66
C (40 % / 150 B.):	112	38
90 % / 400 B.	252	148

Bei diesem Berechnungsmodus ist von der Gesamtzahl der möglichen Bindungen (280) auszugehen und daraus entsprechend dem Marktanteil des jeweiligen Binders, die auf ihn entfallende Anzahl zulässiger Bindungen zu bestimmen (20 % von 280 = 56). Die Anzahl der zu suspendierenden Bindungen ergibt sich aus der Differenz zwischen unterhaltenen und zulässigen Bindungen ($100 - 56 = 44$).

Eine solche Berechnungsart geht jedoch insofern von unzutreffenden Voraussetzungen aus, als § 18 GWB weder die Feststellung noch Durchsetzung der einem Unternehmen entsprechend seinem Marktanteil absolut zukommenden Bindungszahl bezweckt. Es dürfen mit dieser Vorschrift vielmehr nur soviele Bindungen für unwirksam erklärt werden als es notwendig ist, die Marktstörung zu beseitigen; wobei dann die Zahl der aufzuhebenden Bindungen gerecht, d.h. nach sachbezogenen Kriterien auf die einzelnen Binder umzulegen ist. Eine Bemessung der zu suspendierenden Bindungen an dem jeweiligen absoluten Marktanteil

würde über das erklärte Ziel hinausschießen und damit der gesetzlichen Grundlage entbehren.

Es kann deshalb nicht angehen, statt 120 notwendig aufzuhebenden Bindungen 148 zu suspendieren, nur um die Unternehmen A, B und C, die insgesamt 90 % der Marktanteile einnehmen, auf ihre dementsprechende Quote am gesamten Bindungskontingent zu verweisen.

b) Nach § 18 GWB dürfen nur so viele Bindungen aufgehoben werden, als zur Marktöffnung notwendig ist. Das kann aber nur bedeuten, daß bei einer erforderlichen Reduzierung um 30 % auch bei einer Berechnung nach Marktanteilen nur insgesamt 30 % der bestehenden Bindungen aufgehoben werden dürfen.

Die somit verbleibenden 70 %, also insgesamt 280 Bindungen sind im Verhältnis der jeweiligen Marktanteile der Binder, also hier im Verhältnis 20 : 30 : 40 (2/9 : 3/9 : 4/9) zu verteilen.

auf A entfallen 2/9 von 280 Bindungen:	62	zulässige Bindungen
B	3/9	93
C	4/9	124

Insgesamt	9/9 von 280 Bindungen:	279 ¹⁾	zulässige Bindungen
-----------	------------------------	-------------------	---------------------

Damit sind zu suspendieren

bei A:	100 minus	62, also	38 Bindungen
B:	150	93	57
C:	150	124	26

Insgesamt 400 minus 279, aufzuheben 121 Bindungen

1) Die fehlende eine Bindung ergibt sich aus den zu vernachlässigenden Dezimalwerten.

5.2 Bedeutung der Lückenlosigkeit von Vertragsbindungen, Probleme der praktischen Anwendung

Die Marktbeschränkungen der Nrn. 1 bis 4 treten in praxi als Einzelbindungen aber auch als Bindungssysteme auf. Eine Unwirksamkeitserklärung kann dementsprechend sowohl die einzelnen Bindungen eines Unternehmens treffen als auch in geschlossene Systeme einbrechen.

Wendet man sich nun speziell den Bindungssystemen zu, so läßt sich schon auf Grund rein deduktiver Überlegung feststellen, daß die Suspendierung einzelner Bindungen eines geschlossenen Systems dann zum Zusammenbruch des ganzen Systems führen muß, wenn dessen Wirkung gerade aus der Lückenlosigkeit resultiert. Weiterhin wird erkennbar, daß es andererseits aber auch Bindungssysteme gibt, bei denen die Lückenlosigkeit nicht essentiell ist und demzufolge Durchbrechungen unschädlich sind.

Unter diesen Aspekten sollen jetzt die Bindungstatbestände des § 18 GWB untersucht werden:

a) Verwendungsbeschränkungen, Nr. 1

Dieser Bindungstypus verbietet, gelieferte oder sonstige Waren beliebig zu verwenden. Unter Verwendung ist dabei der Gebrauch, die Verwertung und Inanspruchnahme zu verstehen, nicht hingegen der Bezug oder Absatz der Waren.

In einem Beispielsfall von Mayer-Wegelin/Ebel ¹⁾ bindet ein Unternehmen seine Abnehmer dahingehend,

1) § 18 Anm. 2 a

den gelieferten Rohstoff nur zur Fabrikation von Textilien zu verwenden, nicht aber auch zur Produktion von Papier als seinem (des Binders) Stammgebiet.

Zweck dieser Beschränkung ist es, Reservate des Lieferanten aufzubauen bzw. zu erhalten. Hinsichtlich der Nichtgebundenen (von Anfang an nicht gebunden oder infolge einer Suspendierung von Bindungen), die aus dem gelieferten Rohstoff auch Papier herstellen, kann es zwar zu Interessenkonflikten kommen, doch bedeutet das noch lange nicht, daß damit die Intentionen des Rohstoffherstellers völlig vereitelt werden. Denn jede einzelne Bindung erfüllt auch weiterhin ihren Zweck, gleichgültig ob nun nur einzelne Abnehmer gebunden sind oder ob ein lückenloses System von Bindungen besteht. Jeder einzelne Bindungsvertrag ist trotz der parallelen Vereinbarungen von den übrigen rechtlich unabhängig. Ein gebundener Vertragspartner kann die Erfüllung seiner Vertragspflicht nicht deshalb ablehnen, weil andere Abnehmer desselben Lieferanten nicht in gleicher Weise gebunden sind; denn er erleidet deshalb keinen wirtschaftlichen Nachteil ¹⁾. Infolgedessen könnte er einer Vertragsklage nicht den Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegensetzen, weil ihm etwa die Einhaltung seiner Verpflichtung unzumutbar sei ²⁾.

b) Ausschließlichkeitsbindungen, Nr. 2

Dieser als Bezugs- bzw. Absatzbindung auftretende Tatbestand beschränkt den Gebundenen nicht im Vertrieb der vom Binder gelieferten Waren. Hingegen

1) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 89

2) ders., a.a.O.

dürfen danach bestimmte Rechtsgeschäfte betreffend andere, nicht gelieferte Waren überhaupt nicht oder nur mit bestimmten Unternehmen getätigt werden.

So verhält es sich bei Bezugsbindungen, die beispielsweise von einer Brauerei in Verfolgung einer bestimmten Vertriebspolitik in großer Zahl und unter gleichartigen Konditionen abgeschlossen werden ¹⁾.

Die Verwirklichung des vom Bindenden verfolgten Zwecks, etwa einer Umsatzsteigerung durch Verpflichtung der Wirte zum ausschließlichen Getränkebezug vom Binder, wird hier nicht dadurch generell in Frage gestellt, daß einzelne Abnehmer - sei es, daß sie nie gebunden waren oder diese Bindungen suspendiert wurden - sich auch anderweitig mit Getränken versorgen können. Trotz der Vielzahl der Bindungen, trotz eines u.U. bestehenden Bindungssystems bleibt der einzelne Bindungsvertrag von den anderen rechtlich unabhängig ²⁾. So wie der Bruch eines einzelnen Bierlieferungsvertrages ³⁾ hat auch die Entlassung eines Gebundenen aus den Bindungen in der Regel keine Auswirkung auf die Beziehungen der Brauerei zu den sonstigen Vertragspartnern. Infolgedessen stehen und fallen solche Bindungsverträge nicht mit der Lückenlosigkeit des Systems ⁴⁾. Ein Bezugsverpflichteter kann die Vertragserfüllung nicht deshalb verweigern, weil andere Abnehmer nicht oder nicht in dem Maße gebunden sind ⁵⁾.

1) Beispiel bei Kraßer, Der Schutz von Preis- und Vertriebsbindungen gegenüber Außenseitern, S. 259

2) Kraßer, a.a.O.

3) BGH vom 28.3.1969, NJW 69, 1293 ff

4) BGH, a.a.O.; Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 93

5) Kraßer, a.a.O.

Ebenso verhält es sich mit den Absatzbindungen; wenn etwa ein Kraftfahrzeughersteller seine Zulieferanten von Ersatzteilen verpflichtet, diese Ersatzteile ausschließlich an ihn als Fahrzeughersteller zur Erstausrüstung, an Vertragshändler und -werkstätten, nicht aber auch an den Teilehandel oder sonstige Werkstätten zu liefern ¹⁾.

Dürfen nun infolge der Aufhebung einzelner Bindungen einige Zulieferanten auch Dritte beliefern, so werden damit die übrigen Bindungen noch lange nicht unterminiert. Die Frage der Gleichbehandlung aller Zulieferanten durch den Hersteller stellt sich nicht, da es sich bei den Ausschließlichkeitsbindungen um Einzelverträge handelt, die keiner einheitlichen Einführung gegenüber dem Zulieferer bedürfen ^{2), 3)}.

c) Vertriebsbindungen, Nr. 3

Bei diesen Bindungen, die u.a. dazu dienen können, bestimmte Absatzwege zu gewährleisten - Beispiel Kindernährmittel - handelt es sich jeweils um ein geschlossenes System gegenüber der Gesamtheit der Abnehmer. Die Lückenlosigkeit dieses Systems ist nicht nur dann von wesentlicher Bedeutung, wenn die Vertriebsbindung mit einer Preisbindung einhergeht ⁴⁾, sondern auch, wenn es sich um eine reine Vertriebsbindung handelt ⁵⁾.

1) Beispiel bei Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 44

2) ders., a.a.O., Anm. 89, 93

3) vgl. Palandt, § 242 Anm. 1 d

4) was seit der Novelle 1973 nur noch bei Verlags-
erzeugnissen und Saatgut zulässig ist

5) Schwartz, a.a.O.

Aber auch dabei sind die Parallelen zur Preisbindung evident, trifft die dortige Argumentation auch hier zu ¹⁾. Danach ist es bei Durchlöcherung und Aushöhlung des Bindungssystems in einem seine Wettbewerbsposition beeinträchtigenden Ausmaß dem Gebundenen auf der einen Seite nach Treu und Glauben, § 242 BGB, nicht mehr zuzumuten, an seiner Verpflichtung festzuhalten. Auf der anderen Seite kann der Binder aber auch nicht mehr auf der Einhaltung der Bindungsverträge bestehen, wenn für den Gebundenen damit unzumutbare Nachteile verbunden sind. Ein Beharren auf den Bindungsverpflichtungen würde eine unzulässige Rechtsausübung darstellen ²⁾.

Weiterhin argumentiert man mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage, wobei diese in einer wesentlichen Lückenlosigkeit des Bindungssystems gesehen wird ³⁾.

Schlägt man nun durch die Unwirksamkeitserklärung einzelner Vertriebsbindungen Schneisen in ein ehemals lückenloses Bindungssystem, so zerfällt dieses System aus den dargestellten Gründen. Die Aufhebung einer Bindung muß notwendig die Beseitigung des ganzen Systems zur Folge haben. Der bei der Summierung gleichartiger Praktiken eingeschlagene Weg, mit Abstrichen bei allen Beteiligten eine Marktöffnung zu erreichen, führt hier zur Wirkungslosigkeit aller Vertriebsbindungen ⁴⁾.

1) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 89

2) Kraßer, Der Schutz von Preis- und Vertriebsbindungen gegenüber Außenseitern, S. 178

3) ders., a.a.O., S. 179

4) Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen die Gebundenen zunächst nicht daran interessiert sind, ob ehemals gebundene Konkurrenten nun frei werden. Dies gilt jedoch dann nicht mehr, wenn daraus besondere Vorteile resultieren; vgl. Kraßer, a.a.O., S. 259 f

d) Koppelungsgeschäfte, Nr. 4

Dieser Tatbestand richtet sich gegen die Verpflichtung eines Abnehmers, neben einem bestimmten Produkt auch nicht dazugehörige Waren vom selben Lieferanten zu beziehen.

Zur Verdeutlichung mag der Beispielsfall von Mayer-Wegelin/Ebel ¹⁾ dienen, in dem die Hersteller von Buchungsmaschinen ihre Abnehmer verpflichten, neben diesen Geräten auch alles benötigte Buchungsmaterial, wie z.B. Buchungstreifen, vom jeweiligen Hersteller zu beziehen.

Hier verhält es sich ähnlich wie bei den Verwendungsbeschränkungen und Ausschließlichkeitsbindungen; mit diesem Bindungstypus soll eine bestimmte Vertriebs- und Marktpolitik forciert werden. Die den einzelnen Abnehmern auferlegten Bindungen sind voneinander unabhängig; die Suspendierung eines Teiles der Bindungen vereitelt zwar insoweit die Vertriebsziele des Herstellers, kann aber den Gesamterfolg der aufrechterhaltenen Beschränkungen nicht gefährden. Es ist also gleichgültig, ob einige Abnehmer von Anfang an nicht gebunden sind oder nachträglich infolge kartellbehördlichen Einschreitens frei werden; der "Binnenmarkt" der Gebundenen und der offene Markt der freien Bezieher können nebeneinander bestehen. Einreden wegen unzulässiger Rechtsausübung bzw. Wegfalls der Geschäftsgrundlage müssen auch hier ins Leere gehen ²⁾.

1) § 18 Anm. 2 d

2) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 89

e) Alleinvertriebsverträge

Hier handelt es sich um eine Kombination von Ausschließlichkeits- und Vertriebsbindungen nach Nrn. 2 und 3.

Der Lieferant verpflichtet sich dabei, gegenständlich oder territorial beschränkt nur an einen Käufer zu liefern (Absatzbindung), der Käufer korrespondierend damit, solche Waren nicht von Dritten zu beziehen (Bezugsbindung) und diese schließlich nur innerhalb eines bestimmten Gebietes zu verkaufen. Hinzu kommt die Verpflichtung der Käufer, nicht in die jeweils für die anderen Abnehmer reservierten Gebiete zu liefern (Vertriebsbindung), also nur innerhalb ihres eigenen Gebietes zu verkaufen ^{1), 2)}.

Wenn nun ein solches Alleinvertriebsabkommen ein Zusammenwirken von Ausschließlichkeits- und Vertriebsbindungen hinsichtlich mehrerer Vertragsbeteiligter erfordert, so kann sich Sinn und Zweck der Bindungen nur bei lückenloser Aufrechterhaltung des ganzen Systems verwirklichen ³⁾. Sichert nun der Lieferant diese Verpflichtung nicht gegen Außenseiter ab, so entfallen - vorübergehend oder dauernd - die besonderen Verpflichtungen des Abnehmers, §§ 320, 325, 242 BGB ⁴⁾; das Synallagma der beiderseitigen Verpflichtungen ist gestört. Ebenso verhält es sich, wenn die Absicherung nach außen durch eine Unwirksamkeitserklärung der Kartellbehörde teilweise beseitigt wird. Die Störung des Synallagmas ist dann

1) Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 18 Anm. 18; Schwartz, a.a.O., 3. Aufl., § 18 Anm. 33

2) vgl. auch Bericht des BKartA 1961, S. 22

3) Kraßer, Der Schutz von Preis- und Vertriebsbindungen gegenüber Außenseitern, S. 259

4) ders., a.a.O.

nicht nur vorübergehender, sondern dauernder Natur, die Bindungen werden wirkungslos.

Damit bestätigen auch induktive Untersuchungen die oben ¹⁾ aufgestellte These, wonach eine anteilige Suspendierung der von sämtlichen Unternehmen ausgehenden Bindungen dann alle Bindungen zwar nicht de jure aber so doch de facto außer Kraft setzen muß, wenn die Wirkung der Bindungssysteme gerade aus deren Lückenlosigkeit resultiert. In all diesen Fällen, d.h. bei Vertriebsbindungen und Alleinvertriebsverträgen, muß die hier entwickelte Methode zur faktischen Beseitigung aller Bindungen führen und deshalb scheitern.

Eine genauere Betrachtung zeigt jedoch, daß es sich dabei nicht um spezifische Schwächen dieser zur Lösung des Zielkonflikts ²⁾ entwickelten Methode handelt. Denn diese Schwierigkeiten treten selbst dann auf, wenn nur ein Unternehmen Vertriebsbindungen auferlegt oder Alleinvertriebsverträge abschließt und damit den Wettbewerb stört, also ein Zielkonflikt nicht besteht. Einziger Adressat der Unwirksamkeitserklärung wäre dann zwar dieses Unternehmen, doch schon die Suspendierung einiger weniger Bindungen müßte auch alle weiteren Bindungen und damit das ganze System aus den Angeln heben.

Hier wird nun deutlich, daß der aufgezeigte Widerspruch nicht aus praktischen Lösungsversuchen resultiert, die Antinomie zwischen lückenlosem Bindungssystem und partieller Suspendierung einzelner Glieder dieses Systems vielmehr schon im Gesetz wurzelt. Wenn nämlich nach § 18 Abs. 1 GWB Verträge

1) S. 128

2) Summierung gleichartiger Praktiken oder Verhaltensweisen durch verschiedene Unternehmen

zwischen Unternehmen für unwirksam erklärt werden sollen, soweit sie den Bindungstypen der Nrn. 1 bis 4 zuzuordnen sind und soweit sie Marktstörungen nach lit. a bis c verursachen, so bedeutet das die Befugnis (und Beschränkung zugleich) zu einer partiellen Suspendierung. De jure ist die Suspendierung einzelner Bindungen möglich, de facto muß damit aber das ganze System fallen.

5.3 Lösungswege bei notwendig lückenlosen Bindungssystemen

a) Mit den Vertriebsbindungen nimmt ein Hersteller auf der zweiten Absatzstufe Einfluß auf den Vertriebsweg seiner Waren indem er die Wiederverkäufer bindet.

Kombiniert man nun diesen Bindungstatbestand der Nr. 3 mit den einzelnen Marktfolgen der lit. a bis c und spielt so alle möglichen Fälle einer Wettbewerbsbeschränkung durch, so werden jene Maßnahmen erkennbar, mit denen man den jeweiligen Störungen begegnen kann:

Geht man nun zunächst von einer Marktsituation aus, in der nur ein Hersteller Bindungen auferlegt (System eines Binders) und dadurch die vom Gesetz mißbilligten Marktfolgen auslöst, so zeichnen sich für alle Störungstatbestände Gegenmittel ab, deren Wirkung in Lockerung oder Relativierung der bestehenden Bindungen bestehen. Zum selben Ergebnis führt auch die abstrakte Überlegung, daß eine faktische oder rechtliche Auflösung des gesamten Bindungssystems einerseits und ein Gewährenlassen, ein Nichteinschreiten durch die Kartellbehörde andererseits als jeweiligen Extremreaktionen nicht in Betracht kommen, so daß nur eine Abschwächung der einzelnen Bindungen, eine quer durch das ganze System verlaufende Locke-

rung als mögliche Maßnahme bleibt. Diese Einschränkung der einzelnen Bindungen hat natürlich entsprechend dem jeweiligen Bindungstypus und der in Frage stehenden Störungsvariante verschiedene Ausprägungen.

- Handelt es sich um eine Beschränkung des zu beliefernden Personenkreises, also z.B. um eine Fachhandelsbindung, so kann diese Bindung durch Ausdehnung des Kreises der Belieferten gelockert werden; das bedeutet Relativierung der Auswahlkriterien. Im Fall "Kindernährmittel" würde das zu einer Erweiterung des Bezieherkreises führen; es müßten also z.B. nicht nur Apotheken, sondern auch Reformhäuser und Drogerien beliefert werden.

- Liegt in den Vertriebsbindungen eine räumliche Selektion, etwa die Auflage nur oder umgekehrt nicht ¹⁾ in bestimmte Gebiete zu liefern, so könnten die Bindungen durch eine zumindest teilweise Einbeziehung der früheren Sperrgebiete gelockert werden.

Handelt es sich nun um Bindungssysteme mehrerer Hersteller, so bedingt das zwar einige Besonderheiten, die Problemlösung liegt im Kern aber auch hier in einer Relativierung, einer Lockerung der jeweiligen Bindungen. Die Extremlösungen bestehen auch hier einerseits in der völligen Suspendierung eines oder mehrerer Systeme und andererseits im Nichteinschreiben der Behörde. Dazwischen liegt die Lockerung eines, mehrerer oder gar aller Bindungssysteme.

Grundsätze der Gesamtkausalität verbieten zunächst die völlige Suspendierung eines Systems. Dem Gleichheitssatz entsprechend sind vielmehr alle Binder in

1) so bei Beschränkung auf bestimmte Markträume oder Aufteilung von Absatzgebieten

gleicher Weise heranzuziehen. Das bedeutet aber nicht schablonenhafte Gleichbehandlung von ungleichen Sachverhalten, sondern Differenzierung nach Dichte und Intensität der Bindungen. Danach ist im Wege werten-der Auswahl zunächst das strengste Bindungssystem, die straffste Bindungsorganisation zu lockern und sollte das allein nicht ausreichen, die Reihenfolge entsprechend fortzusetzen. So ist es vorstellbar, daß auch bei gleichmäßiger Behandlung nur ein Bindungssystem betroffen wird.

b) Alleinvertriebsverträge bezwecken einen Kundenschutz für den Verkäufer und beschränken Großhändler oder auch Detaillisten in der freien Kunden- oder Sortimentswahl.

Bei nur einem relevanten Binder kann der Wettbewerbsbeschränkung auch hier durch Lockerung der Bindungen begegnet werden, sei es in bezug auf das Sortiment, die Anzahl, den Kreis der Belieferten oder auch in bezug auf das versorgte Gebiet. Das würde bedeuten, daß z.B. ein Händler von Kraftfahrzeugpflegemitteln nicht nur Produkte seines Binders vertreiben darf, sondern auch ein zahlenmäßig begrenztes Kontingent von vergleichbaren Konkurrenzprodukten anbieten kann. Es könnte weiterhin bedeuten, daß der Händler sachverwandte Erzeugnisse anderer Hersteller, die der Binder selbst nicht anbietet, führen darf.

Damit ergibt sich auch für parallele Alleinvertriebssysteme mehrerer Binder eine Relativierung eines, mehrerer oder aller Systeme. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

5.4 Rechtstechnische Durchführung der Abschwächung eines Bindungssystems

Die naheliegendste Möglichkeit, beanstandete Bindungssysteme in der oben beschriebenen Art und Weise abzuschwächen, scheint in einer Verfügung der Kartellbehörde zu liegen, mit der den beteiligten Unternehmen aufgegeben wird, die Bindungsverträge in einer bestimmten Weise abzuändern. Als Muster könnte insoweit die Vorschrift des § 12 Abs. 2 Nr. 3 GWB ¹⁾ dienen.

Diese Auffassung vertritt Schwartz ²⁾, wenn er aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck folgert, daß anstelle der Aufhebung eine Beschränkung der bestehenden Bindung in Betracht kommt. Der Frankfurter Kommentar ³⁾ sieht andere Möglichkeiten als die Unwirksamkeitserklärung nicht als gegeben. Danach könne die Kartellbehörde insbesondere nicht eine unangemessen erscheinende Bindung in irgendeiner Form abschwächen oder ähnliche Maßnahmen treffen.

Ausgangspunkt für alle diesbezüglichen Überlegungen muß auch hier der klare und eindeutige Wortlaut des Gesetzes sein. Danach kann die Kartellbehörde "Verträge ... für unwirksam erklären und die Anwendung neuer, gleichartiger Bindungen verbieten".

Mit dem Verbum "kann" eröffnet sich für die Kartellbehörde die Möglichkeit, von mehreren rechtlich zulässigen und damit rechtmäßigen Verhaltensweisen diejenige zu wählen, die im gegebenen Fall als die

1) Die Kartellbehörde kann ...(2.) den beteiligten Unternehmen aufgeben, die Verträge ... zu ändern.

2) im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 79

3) § 18 Tz. 92

zweckmäßigste erscheint. Das bedeutet Ermessen, genauer volitives Handlungsermessen oder entsprechend neuerer Terminologie Handlungs- oder Verhaltenser-messen ¹⁾.

Damit hat die Behörde die Möglichkeit, ein Einschreiten nach § 18 GWB zu unterlassen oder entsprechend dieser Vorschrift tätig zu werden (ob). Entscheidet sie sich pflichtgemäß für ein Handeln, so verleiht ihr § 18 GWB die Befugnis, eine bloße Unwirksamkeitserklärung zu verfügen oder aber zugleich ein zukünftiges Verbot auszusprechen (wie).

Wenn der Kartellbehörde damit mehrere bestimmte Verhaltensweisen zur Wahl gestellt sind, so liegt eine "aktuelle Ermessensnorm" vor, die festlegt, daß ein Handeln unterlassen oder eine bestimmte Handlung vorgenommen bzw. diese und jene Maßnahmen ergriffen werden können.

Soll nun die Abschwächung eines Bindungssystems angeordnet werden, so wäre dazu eine "potentielle Ermessensnorm" notwendig, die durch einen unbestimmten Rechtsfolgebegriff die Möglichkeit eröffnete, die "erforderlichen" Maßnahmen zu treffen ²⁾.

Damit kann die Kartellbehörde auf direktem Wege keine Lockerung eines Bindungssystems in irgendeiner Richtung verfügen. Die gesetzlich vorgesehenen Maßnahmen setzen enge Grenzen.

De lege lata bietet sich jedoch trotz allem eine - freilich umständlich anmutende - Möglichkeit, die Bindungen auf das erforderliche Maß zu beschränken und damit eine Abschwächung zu erreichen. Dabei verfügt die Behörde die Unwirksamkeit bestehender Bindungen und verbindet damit ein zukünftiges Verbot

1) Obermayer in Mang/Maunz/Mayer/Obermayer, 3. Aufl., S. 160 ff

2) ders., a.a.O.

für neue, gleichartige Verträge. Gleichzeitig erläutert sie ihre Rechtsauffassung zum Begriff "gleichartig" und zeigt damit auf, welche Bindungen sie als rechtmäßig ansehen würde. Dies könnte die Parteien veranlassen, neue Verträge mit nunmehr abgeschwächtem Inhalt zu schließen. De lege ferenda wäre eine Gesetzesänderung zu diskutieren, wonach die Kartellbehörde, etwa entsprechend dem Instrumentarium des § 12 Abs. 2 GWB, "den beteiligten Unternehmen aufgeben kann, die Verträge zu ändern" oder aber, "die erforderlichen Anordnungen treffen" kann.

4. Kapitel: Abmahnung

I. Einordnung

1. Darstellung der Abmahnung

Die Kartellbehörde kann nach § 18 GWB zur Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkungen Verträge für unwirksam erklären und die Anwendung neuer, gleichartiger Bindungen verbieten. Eine vorherige Abmahnung des mißbilligten Verhaltens sieht § 18 GWB nicht ausdrücklich vor. Eine solche Abmahnung darf auch nicht mit der gemäß § 53 Abs. 1 GWB zu gewährenden Gelegenheit zur Stellungnahme verwechselt werden.

1.1 Gesetzlich geregelte Fälle

In einigen, andere kartellrechtliche Tatbestände betreffenden Bestimmungen des GWB, so in §§ 17 Abs. 2, 22 Abs. 5 Satz 2 GWB einerseits und in §§ 12 Abs. 1 Nr. 1, 104 Abs. 1 Nr. 1 GWB andererseits, sind Ab-

mahnungen gesetzlich vorgesehen und werden allgemein für äußerst zweckmäßig gehalten.

In den Materialien zu § 12 des Entwurfes ¹⁾, der § 17 GWB entspricht, findet sich der Hinweis, daß eine Abmahnung dem Prinzip der Rationalität der Verwaltungstätigkeit entspreche. Gesetzeswidriges Verhalten, das lediglich auf Rechtsunkenntnis beruhe, könne so vorab, ohne förmliches Verfahren abgestellt werden. Dieser Auffassung schließen sich Jessen/Reimann/Zweigert ²⁾ an, ebenso Schwartz ³⁾, der in einer solchen Vorwarnung außerdem eine zweckbestimmte Ergänzung des rechtlichen Gehörs bzw. der in § 53 GWB vorgeschriebenen Erholung einer Stellungnahme von den Beteiligten sieht. Droste ⁴⁾ hebt die Möglichkeit einer Bereinigung außerhalb des formellen Verfahrens und insbesondere den der eigentlichen Verfahrenseinleitung vorausgehenden Meinungs austausch hervor, der es ermögliche, die formelle Verfügung selbst auf wesentliche Tatbestände zu beschränken. Zu ähnlichen Ergebnissen kommen die Verfasser des Frankfurter Kommentars ⁵⁾. Langen ⁶⁾ sieht schließlich in der vertrauensvollen Zusammenarbeit von Wirtschaft und Verwaltungsbehörde einen unerläßlichen Grundsatz des Wirtschaftsverwaltungsrechts. Er führt weiter aus, daß sich die gegenständlichen Sachverhalte häufig wandeln und damit eine ständige Verbindung zwischen Wirtschaft und Behörden erfordern würden. Sinn der Abmahnung sei ein möglichst reibungsloser Verkehr aller am Wirtschaftsleben Be-

1) BT-Drs. II/3644

2) § 17 III

3) im Gemeinschaftskommentar, § 17 Anm. 45

4) DB 58, 99 ff (102)

5) § 17 Tz. 73

6) 4. Aufl., § 17 Anm. 34 ff

teiligten. Daraus werde auch verständlich, daß man in der Vorschrift des § 17 Abs. 2 GWB eine Abmahnungspflicht oder mehr noch eine Verpflichtung zum Meinungsaustausch erblicke.

Ähnliche Meinungen werden auch zur Abmahnung nach § 22 Abs. 4 GWB vertreten ¹⁾.

In dem abgestuften behördlichen Instrumentarium des § 12 Abs. 2 GWB (und der darin enthaltenen Abmahnung) sieht Langen ²⁾ den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verwirklicht und folgert daraus, daß die erste kartellbehördliche Maßnahme immer in einer Abmahnung bestehen müsse, mit der dem Unternehmen aufzugeben sei, den beanstandeten Mißbrauch abzustellen.

Diese Überlegungen gelten auch für die Abmahnung nach § 104 Abs. 2 GWB, der wörtlich der Vorschrift des § 12 Abs. 2 GWB entspricht.

1.2 Abmahnung bei § 18 GWB

Obwohl nun in § 18 GWB eine solche Abmahnung nicht ausdrücklich vorgesehen ist, nehmen die Kartellbehörden auch in dortigen Fällen vielfach Aufforderungen dieser Art vor ³⁾, die allgemein für zweckdienlich und sinnvoll gehalten werden.

Müller/Gießler/Scholz ⁴⁾ leiten dabei sowohl das Recht als auch die Pflicht zur Abmahnung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen her, insbesondere aus dem

1) Frankfurter Kommentar, § 22 Tz. 72; Müller/Gießler/Scholz, § 22 Anm. 83; Langen, 4. Aufl., § 22 Anm. 52

2) 4. Aufl., § 12 Anm. 5

3) ders., § 18 Anm. 45

4) § 18 Anm. 72

Prinzip der schonendsten Mittelanwendung. Langen¹⁾ betont auch hier die große praktische Bedeutung der Abmahnung. Die Verfasser des Frankfurter Kommentars²⁾ weisen darauf hin, daß das bindende Unternehmen im Falle des § 18 GWB häufig nicht in der Lage sei, die Bindungen (einseitig) aufzuheben, weil sich hieraus Konsequenzen hinsichtlich der übrigen Vertragsbeteiligten ergäben, die nur im Einvernehmen beider Parteien geregelt werden können. Aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung und Kostenersparnis sei jedoch eine Abmahnung angebracht, wo immer sich eine befriedigende Lösung abzeichne.

1.3 Rechtliche Qualifizierung der gesetzlich geregelten Abmahnungen

Obwohl die genannten Vorschriften nun insgesamt Abmahnungen betreffen, die möglicherweise als Muster für eine Abmahnung nach § 18 GWB dienen könnten, bestehen doch wesentliche Unterschiede zwischen den beiden Gruppen von Vorschriften, da die darauf gestützten Abmahnungen in einem Fall Verwaltungsakte darstellen, während im anderen Fall nur schlichte Verwaltungsäußerungen vorliegen.

Die inhaltsgleichen Vorschriften der §§ 12 Abs. 2 Satz 1 und 104 Abs. 2 Nr. 1 GWB bestimmen, daß die Kartellbehörde den beteiligten Unternehmen aufgeben kann, den beanstandeten Mißbrauch abzustellen. Bei den auf diese Bestimmungen gestützten Abmahnungen handelt es sich nach allgemeiner Meinung um Verwaltungsakte. So sprechen Langen/Niederleithin-

1) 4. Aufl., § 18 Anm. 45

2) § 18 Tz. 104

ger/Schmidt ¹⁾ und Dörinkel im Gemeinschaftskommentar ²⁾ von einer Abmahnungsverfügung, Müller/Gießler/Scholz ³⁾ bezeichnen sie als eine nach §§ 62 ff. GWB anfechtbare Verfügung ⁴⁾, ⁵⁾.

Die in wesentlichen Teilen inhaltsgleichen Vorschriften der §§ 17 Abs. 2 und 22 Abs. 5 Satz 2 GWB postulieren schließlich, daß die Kartellbehörde die Beteiligten auffordern soll, den beanstandeten Mißbrauch abzustellen. Bei den darauf gestützten Abmahnungen handelt es sich nach allgemeiner Meinung nun um keine Verwaltungsakte, sondern um schlichte Verwaltungsäußerungen ⁶⁾.

2. Rechtliche Qualifizierung der Abmahnung bei § 18 GWB

Entsprechend den aufgezeigten Parallelen könnte für eine Abmahnung nach § 18 GWB ein Verwaltungshandeln

-
- 1) § 12 Anm. 23; § 104 Anm. 12
 - 2) § 12 Anm. 20
 - 3) § 12 Anm. 8
 - 4) Sogar das Gesetz selbst spricht in § 38 Abs. 1 Nr. 4 GWB von unanfechtbar gewordenen Verfügungen nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 und § 104 Abs. 2 Nr. 1
 - 5) Widersprüchlich die Kommentierung bei Müller/Gießler/Scholz, die einerseits in bezug auf Maßnahmen nach § 12 Abs. 2 GWB von anfechtbaren Verfügungen sprechen (§ 12 Anm. 8), andererseits in bezug auf Maßnahmen nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 GWB bemerken, es handle sich um keine anfechtbaren Verfügungen (§ 57 Anm. 3 und § 62 Anm. 15).
 - 6) Langen/Niederleithinger/Scholz, § 17 Anm. 52; Frankfurter Kommentar, § 17 Tz. 73 und § 57 Tz. 7; Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 17 Anm. 45; Junge im Gemeinschaftskommentar, § 57 Anm. 1; Müller/Gießler/Scholz, § 57 Anm. 3 und § 62 Anm. 15; BKartA, Tätigkeitsbericht 1959, 52 f; BKartA, Schreiben der Einspruchsabteilung vom 22.6.1961, WRP 62, 125 f; Schmidt, S. 544, Fn. 689

in Form eines Verwaltungsaktes oder einer schlichten Verwaltungsäußerung in Betracht kommen.

Unter Verwaltungsakt ist dabei, wie schon dargestellt ¹⁾, nach § 35 S. 1 VwVfG jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme zu verstehen, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

Entscheidendes Kriterium ist dabei, daß dieser behördliche Akt auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist, er also auf eine einseitige, für die Betroffenen unmittelbar verbindliche und in bezug auf die damit entschiedene Sache abschließende und der Rechtsbeständigkeit fähige Regelung kraft hoheitlicher Gewalt abzielt ²⁾. Maßgebend ist dabei im Zweifel nicht, was die handelnde Behörde gewollt hat, sondern wie der Betroffene bei objektiver Auslegung das behördliche Verhalten verstehen durfte ³⁾. Ein Verwaltungsakt liegt daher nur vor, wenn er entweder aus sich oder den Umständen seines Erlasses heraus als solcher erkennbar ist ⁴⁾.

Fehlt einer behördlichen Verwaltungsäußerung das Merkmal der verbindlichen Regelung, so liegt zwar noch immer ein Verwaltungshandeln öffentlich-rechtlicher Natur vor, doch ist dieses Handeln nicht als Verwaltungsakt, sondern als schlichte Verwaltungs-

1) S. 13 f

2) Kopp, VwVfG, § 35 Anm. 2 a; Schwarze bei Knack, § 35 Anm. 4.5; Meyer bei Meyer/Borgs, § 35 Anm. 25; Wolff/Bachof, I § 46 V

3) Kopp, a.a.O.

4) BVerwG, DVB1. 76, 221

äußerung zu qualifizieren ¹⁾, ²⁾. Dazu zählen Mitteilungen, Vorschläge, Empfehlungen, Belehrungen und Mahnungen, mit denen die Behörde dem Adressanten zwar bestimmte Verhaltensweisen nahelegt, jedoch keine unmittelbar eintretenden, konkreten Rechtsfolgen setzt ³⁾, so daß keine rechtlichen Wirkungen eintreten ⁴⁾.

2.1 Vorbehalt des Gesetzes

Für eine Abmahnung, die die Kartellbehörde als Verwaltungsakt erlassen will, also für eine Abmahnungsverfügung, gelten die allgemeinen Voraussetzungen für den Erlaß eines Verwaltungsaktes, von denen hier die materiellrechtliche Befugnis ⁵⁾ einer Erörterung bedarf.

Für alle Bereiche der Verwaltung, also für Eingriffsverwaltung, leistungsgewährende und gestaltende Verwaltung gleichermaßen, gilt zunächst der sog. Vor-rang des Gesetzes ⁶⁾, der sich aus Art. 20 Abs. 3 GG ableitet ⁷⁾ und besagt, daß das Verwaltungshandeln nicht gegen Gesetz und Recht verstoßen darf.

Für die Eingriffsverwaltung im besonderen, also für Eingriffe in Freiheit und Eigentum, gilt darüber

1) Stern, BayVB1. 57, 86; VGH München, BayVB1. 58, 643 ff (644) unter Berufung auf Stern, a.a.O.; Schwarze bei Knack, § 35 Anm. 4.5.5

2) E.R. Huber, I S. 53, bezeichnet dieses Verwaltungshandeln als schlicht verwaltende Tätigkeit

3) Stern, a.a.O.

4) Ule, S. 138; Schwarze bei Knack, a.a.O., Anm. 4.4.5

5) Schwarze, a.a.O., Anm. 6

6) ders., a.a.O., Anm. 6.1.2

7) v. Münch, Grundgesetz, Art. 20 Rdnr. 39

hinaus der sog. Vorbehalt des Gesetzes ^{1), 2)}, nach dem eine gesetzliche Ermächtigung, eine Befugnisnorm für eingreifende Verwaltungsakte notwendig ist ³⁾.

Falls die Kartellbehörde nun mit einer Abmahnungsverfügung zur Beseitigung der beanstandeten Bindung auffordern und damit eine für die Betroffenen unmittelbar verbindliche Regelung schaffen wollte, so würde sie damit in Freiheit und Eigentum der Betroffenen eingreifen und nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes einer gesetzlichen Grundlage, also einer Befugnisnorm für ihr Handeln bedürfen. Eine solche Ermächtigung könnte in der hier ausschließlich in Betracht kommenden Vorschrift des § 18 GWB liegen, die nach ihrem Wortlaut allerdings nur eine Unwirksamkeitserklärung und ein Verbot neuer, gleichartiger Bindungen zuläßt.

§ 18 GWB normiert mit dem gesetzlichen Tatbestand die Rechtsvoraussetzungen und stellt mittels der Formulierung "kann" das Setzen der Rechtsfolge in das Ermessen der Kartellbehörde. Ein solches Ermessen der Behörde stellt sich als Ausfluß des Opportunitätsprinzips ⁴⁾ dar und kann sich prinzipiell darauf beziehen, ob und welche Rechtsfolge gesetzt werden soll ⁵⁾. Das bedeutet zum einen die Wahlfreiheit der Behörde, ob sie überhaupt einschreiten will (Entschließungsermessen) ⁶⁾ und zum anderen, welche von

1) BVerfG E 8, 71

2) Es kann hier dahingestellt bleiben, ob der Gesetzesvorbehalt für die leistungsgewährende Verwaltung gilt; vgl. dazu Schwarze bei Knack, § 35 Anm. 6.1.4.1 und Meyer bei Meyer/Borgs, § 35 Anm. 51.

3) Meyer, a.a.O.

4) Wolff/Bachof, I § 31 II a

5) dies., a.a.O., II c 1

6) Busch bei Knack, § 40 Anm. 72; Wolff/Bachof, a.a.O.; Kopp, VwVfG § 40 Anm. 2 a

mehreren möglichen und rechtlich zulässigen Maßnahmen ergriffen werden sollen (Auswahlermessen) ¹⁾.

Die Kartellbehörde kann sich also kraft des ihr in § 18 GWB eröffneten Ermessens nach pflichtgemäßer Prüfung für ein Einschreiten oder ein Nichteinschreiten entscheiden. Gelangt sie danach zu dem Ergebnis, sie wolle einschreiten, so ist ihr weiterhin die Wahlmöglichkeit gegeben, nur eine Unwirksamkeitserklärung ²⁾ auszusprechen oder kumulativ damit, zugleich auch neue, gleichartige Bindungen zu verbieten ³⁾. Darüber hinaus könnte man nun in Erwägung ziehen, ob die Kartellbehörde nicht aufgrund des § 18 GWB Abmahnungsverfügungen erlassen darf, mit denen sie den Beteiligten aufgibt, die beanstandeten Bindungen selbst zu beseitigen ⁴⁾. Dazu wäre erforderlich, daß § 18 GWB nicht nur zu den dort bestimmten und damit gesetzlich festgelegten Rechtsfolgen ermächtigt, sondern, eventuell unter gewissen Beschränkungen, auch zu sonstigen Maßnahmen befugt. Solche Abmahnungsverfügungen könnten im Vergleich zu einer Unwirksamkeitserklärung u.U. nicht nur sachdienlich sein, sondern würden sich auch im Rahmen des vom Gesetz verfolgten Zweckes bewegen und

1) Busch bei Knack, § 40 Anm. 72; Wolff/Bachof, I § 31 II c 1; Kopp, VwVfG § 40 Anm. 2 a

2) In diesem Zusammenhang kann vernachlässigt werden, daß nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut schon bei der Unwirksamkeitserklärung selbst eine Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Zeitpunkts der Wirksamkeit besteht.

3) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 81; Frankfurter Kommentar, § 18 Anm. 97

4) vgl. dazu auch den oben S.139 ff behandelten Fall, der eine inhaltliche Beschränkung (Modifizierung) der bestehenden Bindungen durch kartellbehördliche Verfügung betrifft. Eine solche Beschränkung ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht zulässig; ebenso Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 92; a.A. Schwartz, a.a.O., Anm. 79.

schließlich dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Trotz gleicher Zielrichtung darf aber nicht verkannt werden, daß auch für Abmahnungen die als Verwaltungsakte ergehen, eine gesetzliche Ermächtigung, eine Befugnisnorm erforderlich ist. Die Vorschrift des § 18 GWB gibt diese Befugnis aber nur dann, wenn das durch die gesetzliche Formulierung "kann" gewährte Auswahlmessen nicht nur die Möglichkeit der Unwirksamkeitserklärung mit oder ohne zukünftigem Verbot eröffnet, sondern auch die anzuwendenden Maßnahmen nicht so genau bestimmt und abschließend aufzählt, daß neben der gesetzlichen Regelung keine weiteren Mittel mehr zulässig sind. Denn es würde nach allgemeiner Meinung ¹⁾ eine Ermessensüberschreitung darstellen, wenn die Behörde eine Maßnahme trifft, die vom Gesetz nicht vorgesehen ist und damit den ihr eröffneten Betätigungsraum mit seinen Wahlmöglichkeiten überschreitet. Die Notwendigkeit, die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten, ergibt sich nach Meyer ²⁾ schon aus dem Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und kann nach Busch ³⁾ aus § 40 VwVfG gewonnen werden, der bestimmt, daß die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten sind.

Eine Betrachtung des § 18 GWB zeigt, daß dort alle gewollten und verfügbaren Mittel zur Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung genau und umfassend, also abschließend bestimmt und aufgezählt sind, so daß nach der Intention des Gesetzes kein Raum für weitere, erst von der Kartellbehörde zu schöpfende Maßnahmen verbleibt.

1) Wolff/Bachof, I § 31 II d 1; Kopp, VwVfG, § 40 Anm. 5; Meyer bei Meyer/Borgs, § 40 Anm. 26; Busch bei Knack, § 40 Anm. 9.3

2) bei Meyer/Borgs, a.a.O.

3) bei Knack, a.a.O.

Dieses Ergebnis wird durch eine Betrachtung anderer kartellgesetzlicher Vorschriften bestätigt. Wie der umfassende Katalog von möglichen Eingriffsmaßnahmen bei den Vorschriften der §§ 12 Abs. 2 und 104 Abs. 2 GWB zeigt, sind neben der Unwirksamkeitserklärung durchaus auch Abmahnungsverfügung und Aufforderung zur inhaltlichen Änderung bekannt, wurden aber bewußt nicht in das bei § 18 GWB verfügbare Instrumentarium behördlicher Maßnahmen einbezogen. Dies bedingt den Schluß, daß § 18 GWB Abmahnungen in Form von Verfügungen nicht zuläßt.

2.2 Abmahnung als schlichte Verwaltungsäußerung

Für eine Abmahnung, die nur als schlichte Verwaltungsäußerung erlassen wird, der folglich keine rechtliche Wirkung zukommen soll, weil sie dem Adressaten zwar eine bestimmte Verhaltensweise nahelegt, aber keinen verpflichtenden Ausspruch enthält ¹⁾ und demzufolge nicht in Freiheit und Eigentum eingreift, kann der Vorbehalt des Gesetzes nicht gelten, so daß auch keine Befugnisnorm erforderlich ist.

Obwohl also nun § 18 GWB keine Ermächtigung, keine Befugnisnorm zum Erlass einer Abmahnungsverfügung enthält, kann trotzdem eine Abmahnung in Form einer schlichten Verwaltungsäußerung ohne verbindliche Wirkung erfolgen.

Verwaltungsakte können Bestandskraft erlangen, also, vergleichbar der materiellen Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen, sowohl Behörde als auch Beteiligte grundsätzlich abschließend an die getroffene

1) Schwarze bei Knack, § 35 Anm. 4.5.5; Stern, BayVBl. 57, 86 ff (87)

Regelung binden ¹⁾. Eine solche Bindung an eine abschließende Regelung ist aber nur dort möglich, wo mittels einer behördlichen Maßnahme eine verbindliche Regelung getroffen wird; also bei Verwaltungsakten und nicht auch bei schlichten Verwaltungsäußerungen, die noch keine abschließenden rechtsverbindlichen Entscheidungen darstellen ²⁾.

Eine als schlichte Verwaltungsäußerung ergehende Abmahnung könnte jedoch die handelnde Behörde hinsichtlich einer späteren Unwirksamkeitserklärung binden, d.h. die Kartellbehörde könnte an eine in der Abmahnung dargestellte Sach- und Rechtslage gebunden sein. Solche Bindungswirkungen sind bei Zusicherungen seit langem bekannt und werden neuerdings durch § 38 VwVfG gesetzlich geregelt. Von einer solchen Zusicherung, also der Zusage, einen bestimmten Verwaltungsakt später zu erlassen oder zu unterlassen ³⁾, sind aber Auskünfte, Hinweise und dementsprechend Belehrungen und Mahnungen zu unterscheiden, die im strikten Gegensatz zur Zusicherung keine verbindliche Festlegung der Behörde hinsichtlich ihres zukünftigen Verhaltens darstellen und somit keinen Anspruch auf entsprechendes Verhalten begründen können ^{4), 5)}. Abmahnungen durch die Kartellbehörde, die die Sach- und Rechtslage darstellen und unverbindlich zu entsprechendem Verhalten auffordern, legen das zukünftige Verhalten der Behörde nicht fest, können also keine diesbezüglichen Bindungswirkungen entfalten.

1) Kopp, VwVfG, Anm. 4 g vor § 35

2) Stern, BayVBl. 57, 86 ff (87)

3) Legaldefinition in § 38 Abs. 1 Satz 1 VwVfG

4) Kopp, a.a.O., § 38 Anm. 2 b

5) vgl. auch Bay. VGH n.F. 7, 107 ff; BVerwG, DVBl. 64, 277 ff und DVBl. 66, 857 ff

Dieses hier aufgezeigte Ergebnis, d.h. Abmahnung als schlichte Verwaltungsäußerung ohne Bindungswirkung trägt bei entsprechendem Handeln der Kartellbehörde nicht nur den Erfordernissen des Wirtschaftslebens Rechnung, sondern entspricht auch, soweit erkennbar, der zum Parallellfall des § 17 GWB vertretenen, allgemeinen Meinung ¹⁾, wenn damit die Möglichkeit eröffnet wird, gesetzeswidriges Verhalten ohne förmliches Verfahren abzustellen ²⁾, die Zusammenarbeit zwischen Wirtschaft und Verwaltungsbehörde zu fördern ³⁾ und einen Meinungsaustausch zwischen den Beteiligten zu gewährleisten ⁴⁾.

II. Pflicht zur Abmahnung

1. Grenzen des Ermessens

Das Gesetz räumt der Kartellbehörde mit der Kann-Bestimmung des § 18 GWB einen dahingehenden Ermessensspielraum ein, ob und ggf. wie sie tätig werden will. Innerhalb des Auswahlermessens, also bei der Frage zu welchem Mittel sie greifen soll, hat die Behörde nun zunächst die Wahlmöglichkeit zwischen Abmahnung (als schlichter Verwaltungsäußerung) und Unwirksamkeitserklärung ⁵⁾. Die Kartellbehörde ist bei der

1) Soweit ersichtlich wurden diese Fragen im Rahmen des § 18 GWB noch nicht aufgegriffen.

2) Materialien zu § 12 des Entwurfes (§ 17 GWB), BT-Drs. II/3644

3) Langen, 4. Aufl., § 17 Anm. 34 ff

4) Droste, DB 58, 99 ff (102) zu § 17 GWB

5) Während sich oben S.147 ff die Frage stellt, ob die Abmahnung als Verwaltungsakt erlassen werden kann, geht es hier darum, ob der Unwirksamkeitserklärung eine Abmahnung (als schlichte Verwaltungsäußerung) vorauszugehen hat.

Entscheidung, welcher Mittel sie sich zur Verfolgung der gesetzlichen Ziele bedienen will, aber nicht völlig frei, sondern vielmehr an die rechtlichen Grenzen des Ermessens gebunden. Diese ergeben sich allgemein aus der unmittelbaren Ermächtigung und aus sonstigen Sätzen des geschriebenen und ungeschriebenen Rechts ¹⁾, von denen die Selbstbindung der Verwaltung und der Grundsatz des Übermaßverbotes ²⁾ zu erörtern sind.

1.1 Selbstbindung

Für eine ungebundene Ermessensbetätigung der Behörde ist dann kein Raum, wenn der generell eröffnete Ermessensspielraum durch Verwaltungsvorschriften ³⁾ oder durch Verwaltungspraxis ⁴⁾, also durch eine sog. Selbstbindung des Ermessens ⁵⁾ eingeengt ist.

Während Verwaltungsvorschriften zunächst nur eine innerdienstliche Bindung der untergeordneten gegenüber der übergeordneten Behörde bewirken und erst über die daraus resultierende Verwaltungsübung ⁶⁾ als Selbstbindung über Art. 3 Abs. 1 GG Außenwirkung entfalten, erzeugt die auf behördlicher Praxis beruhende Selbstbindung unmittelbare Wirkung nach außen.

Eine solche Bindungswirkung tritt jedoch nur bei rechtmäßiger Ermessensausübung ein, weil Art. 3 GG keine Gleichbehandlung im Unrecht postuliert ⁷⁾.

1) Kopp, VwVfG, § 4o Anm. 5

2) ders., a.a.O.

3) BVerwG E 36, 323 ff

4) BVerwG E 31, 212 ff

5) Stern, S. 98 f

6) Kopp, a.a.O.

7) Stern, S. 99; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 3 Anm. 33

1.2 Übermaßverbot

Die Kartellbehörde ist weiterhin gehalten, den Grundsatz des Übermaßverbots zu beachten.

Danach hat sie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben unter mehreren möglichen Maßnahmen diejenige zu treffen, die zum einen geeignet ist, den angestrebten Zweck zu erreichen (Geeignetheit des Mittels) und zum anderen möglichst wenige Nachteile zur Folge hat (Erforderlichkeit des Mittels). Eine nach diesen Grundsätzen zulässige Maßnahme hat aber dann zu unterbleiben, wenn die mit ihr verbundenen Nachteile insgesamt die Vorteile überwiegen (Verhältnismäßigkeit der Maßnahme) ¹⁾.

Relevant ist hier vor allem der Grundsatz der Erforderlichkeit, nach dem die Behörde nur Maßnahmen solcher Intensität ergreifen darf, die notwendig sind, den von der Vorschrift des § 18 GWB verfolgten Zweck zu erreichen. Wenn das zu beanstandende Verhalten also außerhalb des förmlichen Verfahrens ohne belastenden Verwaltungsakt mit einer Abmahnung (als schlichte Verwaltungsäußerung) abgestellt werden kann, darf eine Unwirksamkeitserklärung durch belastenden Verwaltungsakt nicht erfolgen ^{2), 3)}.

In diesem Zusammenhang ist auch jene Besonderheit des § 18 GWB zu berücksichtigen, wonach sich nämlich der Tatbestand dieser Vorschrift aus zwei völlig verschiedenen Komponenten zusammensetzt, nämlich aus Bindung und Marktfolge, die erst in ihrer Kumulation kartellrechtlich relevant werden. Während nun dem einzelnen, solche Bindungen initiierenden Unter-

1) Wolff/Bachof, I § 30 II b 1

2) Müller/Gießler/Scholz, § 18 Anm. 72

3) vgl. auch BVerwG NJW 76, 986 ff (1988)

nehmen wohl Art und Umfang der eigenen Bindungen bekannt sind, ist das nicht notwendig auch für die zu-
meist aus eigenen und fremden Bindungen resultierenden Marktfolgen der Fall. Der einzelne Binder kennt also wohl seine Verträge, nicht immer aber deren Auswirkungen auf dem Markt ¹⁾. In solchen Fällen erscheint es geboten, dem bindenden Unternehmen Kenntnis vom Sachverhalt zu verschaffen und eine Abmahnung auszusprechen. Rechtlich läßt sich ein solches Vorgehen aber nicht damit begründen, daß ohne Kenntnis bzw. bei fahrlässiger Unkenntnis kein oder nur geringes Verschulden vorliegt. Denn dem Ordnungsrecht, zu dem das GWB zu zählen ist, ist eine Verschuldensprüfung fremd. Das geht zwar nicht expressis verbis aus dem GWB hervor, folgt aber zumindest aus dem Gesetzeszweck, nach dem nicht geahndet oder bestraft werden soll, sondern eine Störung des Wettbewerbs zu beseitigen ist.

2. Sonstige Gründe

Neben diesen aus den rechtlichen Grenzen des Ermessens zu folgernden Gründen lassen aber auch allgemeine Erwägungen eine Abmahnung als geboten erscheinen.

2.1 Rechtsstaatsprinzip

Das Rechtsstaatsprinzip, das aus Art. 20 GG hergeleitet wird ²⁾, gebietet die hinreichende Bestimmtheit einer zu einem Eingriff ermächtigenden Norm

1) das wird auch in den Materialien zu § 12 des Entwurfes (§ 17 GWB), BT-Drs. II/3644 angedeutet

2) Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 20 Anm. 9

nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß und verbietet zugleich eine Ermessenseinräumung in deren Tatbestandsbereich ¹⁾. Denn nur bei einer klaren Bestimmung des Tatbestandes werden dessen Verwirklichung und die daraus resultierenden Rechtsfolgen voraussehbar und berechenbar.

Der Tatbestand des § 18 GWB ist nun zwar hinreichend genau gekennzeichnet und enthält auch keine Ermessensbestimmung, genügt also den oben aufgezeigten Anforderungen. Es sind jedoch in der Praxis Fälle denkbar, in denen die betroffenen Binder die durch die Bindungen ausgelösten Marktfolgen nicht übersehen können; dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn eigene und fremde Bindungen auf dem Markt zusammentreffen. Es besteht dann für das einzelne Rechtssubjekt kaum mehr ein praktischer Unterschied dahingehend, ob nun der abstrakte Tatbestand oder der konkrete Sachverhalt nicht zu erkennen ist. Eine Abmahnung wird in solchen Fällen Sachverhalt und Tatbestandsverwirklichung erkennen lassen, so daß Norm und Normausführung durchschaubar werden.

2.2 Rechtliches Gehör

Nach § 53 Abs. 1 GWB hat die Kartellbehörde den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Mit dieser nach dem üblichen Sprachgebrauch von Gesetzen ungewöhnlichen Formulierung wird auf die Pflicht zur Anhörung, also auf das rechtliche Gehör hingewiesen.

Der Verfahrensvorschrift des § 53 Abs. 1 GWB kommt aber nun keine konstitutive Wirkung zu, sie hat nur

1) Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 20 Anm. 11; Wolff/Bachof, I § 31 II c; Eyermann/Fröhler, § 114 Rdnr. 11

deklaratorische Bedeutung, weil allgemeine Verfahrensgrundsätze eine Anhörungspflicht im Verwaltungsverfahren statuieren. Dieses Recht auf Gehör im Verwaltungsverfahren kann zwar nicht aus Art. 103 Abs. 1 GG, der nur für die Gerichte gilt, hergeleitet werden, ist aber eine notwendige Folge des Rechtsstaatsprinzips ¹⁾, dessen immanentes Anliegen dahingeht, den einzelnen nicht zum bloßen Objekt staatlichen Handelns werden zu lassen. Das Recht auf Gehör im Verwaltungsverfahren stellt sich damit als allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsverfahrensrechts dar, der mit dessen Kodifizierung in § 28 VwVfG positiv festgelegt ist. Sowohl nach dem Sinn und Zweck der Anhörung als auch nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 28 VwVfG hat diese grundsätzlich vor der behördlichen Maßnahme zu erfolgen; dies kommt aber bei § 53 Abs. 1 GWB nur unzureichend zum Ausdruck.

Beweggrund des Gesetzgebers für eine solche Anhörung ist das Anliegen, das Vertrauensverhältnis zwischen Bürger und Verwaltung zu stärken ²⁾. Sieht man dieses Anliegen des Gesetzgebers weiterhin noch unter dem konkreten Aspekt, daß wegen einer vom Binder eventuell nicht zu erkennenden Marktfolge häufig auch die Tatbestandsverwirklichung nicht festzustellen ist, so erscheint eine von der Kartellbehörde auszusprechende Abmahnung mit der damit verbundenen Information als erforderlich.

Man kann deshalb mit Schwartz ³⁾ von einer zweckbestimmten Ergänzung des rechtlichen Gehörs sprechen

1) Eyermann/Fröhler, § 108 Rdnr. 13; Kopp, VwVfG, § 28 Anm. 2; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 103 Anm. 6 a; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Rdnr. 92, die den Kern dieses Grundsatzes letztlich bei Art. 1 Abs. 1 ansiedeln.

2) Kopp, a.a.O.

3) im Gemeinschaftskommentar, § 17 Anm. 78

und Langen ¹⁾ beipflichten, der diesbezüglich eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Wirtschaft und Verwaltung postuliert.

2.3 Zweckmäßigkeit

Auch aus Gründen der Zweckmäßigkeit dürfte in den meisten Fällen eine Abmahnung erforderlich sein. Denn zweckmäßig kann allein eine richtige, schnelle und rationelle Erledigung von Verwaltungsaufgaben sein. Diese ist in erster Linie mit einer Abmahnung zu erreichen, wenn die Beteiligten der Aufforderung freiwillig nachkommen und ihr Verhalten danach ausrichten. Bleibt eine positive Reaktion aus, erfolgt also keine Abhilfe, so hat die Kartellbehörde weder Rechtspositionen verloren noch übermäßigen Verwaltungsaufwand betrieben, wenn sie erst dann in das förmliche Verfahren übergeht.

Wenn im Frankfurter Kommentar ²⁾ darauf hingewiesen wird, daß das bindende Unternehmen häufig gar nicht in der Lage sei, die vertraglichen Bindungen allein zu lösen, so darf das nicht dazu führen, daß in solchen Fällen eine Abmahnung unterbleibt. Denn damit würde man den Betroffenen, also Bindern und Gebundenen pauschal den Willen und die Kooperationsbereitschaft absprechen, solche Bindungen von sich aus zu ändern oder aufzuheben.

Andererseits sind aber auch Fälle denkbar, in denen eine Abmahnung nur zu einem Leerlauf der Verwaltungstätigkeit führen würde. So bei offenkundig fehlender

1) 4. Aufl., § 17 Anm. 34 ff

2) § 18 Tz. 104

Bereitschaft, die beanstandeten Bindungen zu lösen oder in besonders dringenden Fällen ¹⁾.

5. Kapitel: Verbot neuer, gleichartiger Bindungen

Die Kartellbehörde kann nach § 18 GWB die Anwendung neuer, gleichartiger Bindungen verbieten.

Während mit der Unwirksamkeitserklärung gesetzlich mißbilligte Verhaltensweisen unterbunden und damit repressive Eingriffe in bestehende Wettbewerbsbeschränkungen vorgenommen werden, richtet sich das Verbot neuer, gleichartiger Bindungen nun vorbeugend gegen künftig zu erwartende Störungen des Wettbewerbs. Es soll verhindern, daß die behördliche Unwirksamkeitserklärung mittels neu auferlegter Bindungen umgangen wird und damit präventiv wirken.

Das Verbot neuer, gleichartiger Bindungen stellt eine sinnvolle Ergänzung der Suspendierung dar, da sie die sachliche Reichweite der Unwirksamkeitserklärung auf zukünftige Fälle ausdehnt ²⁾. Erst mit diesen beiden, für Gegenwart und Zukunft wirkenden Maßnahmen erscheint eine zeitlich nahtlose Gewährleistung der Wettbewerbsfreiheit gesichert. Denn durch die nur für bestimmte, bereits bestehende Bindungen geltende Unwirksamkeitserklärung allein wären die Parteien nicht gehindert, deren Auswirkungen sofort durch neue, gleichartige Verträge aufzufangen und damit zu umgehen ³⁾. In Konsequenz dessen müßte in einem

1) vgl. § 28 VwVfG

2) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 17 Anm. 70, für den Parallellfall der Preisbindung

3) Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 97

neuerlichen Verfahren eine Unwirksamkeitserklärung ausgesprochen werden. Dies würde nicht nur zu erneuten Wettbewerbsbeschränkungen führen, denen erst mit zeitlicher Verspätung begegnet werden könnte, sondern würde auch endlose Verwaltungsverfahren bedingen ^{1), 2)}. Durch das zukünftige Verbot sind neue, gleichartige Bindungen von Anfang an unwirksam ³⁾.

I. Rechtsnatur

Während die ursprüngliche Fassung des § 18 GWB vom Verbot "einer neuen, gleichartigen Bindung" sprach, änderte man den Wortlaut der Bestimmung aufgrund einer Empfehlung im Kartellbericht der Bundesregierung von 1965 ⁴⁾ mit der Novelle 1965 in ein Verbot "neuer, gleichartiger Bindungen". Man wollte mit dieser Änderung klarstellen, daß nicht nur einzelne Bindungsverträge, sondern ganze Vertragssysteme für die Zukunft verboten werden können ^{5), 6)}.

Das Verbot für die Zukunft kann sich also sowohl auf eine einzelne Bindung beziehen als auch auf mehrere

1) Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 97

2) Langen, 4. Aufl., § 18 Anm. 47, hält diese gesetzliche Befugnis zum Verbot neuer, gleichartiger Bindungen für überflüssig, weil sie nichts weiter sei als die gesetzlich an dieser Stelle bestätigte Auswirkung des Grundsatzes des Umgehungsverbots behördlicher Anordnungen.

3) Müller/Gießler/Scholz, § 18 Anm. 68

4) BT-Drs. VI/617, S. 57

5) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 81

6) Nach fast allgemeiner Meinung war dies aber auch schon nach der alten Fassung möglich; statt aller: Gemeinschaftskommentar, Nachtrag 1966 zur 2. Auflage, § 18 Anm. 10.

Bindungen und damit auf ein ganzes System erstrecken. Es handelt sich dabei wegen der damit bewirkten verbindlichen Regelung um einen Verwaltungsakt bzw. um ein Bündel von Verwaltungsakten, also um eine Allgemeinverfügung.

II. Inhalt und Wirkung

1. Gleichartige Bindungen

Essentielle Bedeutung kommt beim Verbot zukünftiger Bindungen der Ausfüllung des rein deskriptiven Tatbestandsmerkmals "gleichartige Bindungen" zu.

Der adjektivische Begriff "gleichartig" bedeutet nach allgemeinem sprachwissenschaftlichen Gebrauch "die gleiche Art aufweisen, sehr ähnlich" ¹⁾ und wird mit den Synonymen "gleich, gleichförmig, gleichmäßig" ²⁾ wiedergegeben bzw. mit "übereinstimmend, unterschiedslos, ununterscheidbar, derselbe, eins, identisch" ³⁾ beschrieben. Diese sprachwissenschaftlichen Begriffserklärungen können der folgenden juristischen Auslegung zwar die Richtung weisen, sie aber weder ersetzen noch einengen.

1.1 Rechtlich

Dieses präventive Verbot neuer, gleichartiger Bindungen will nun nichts anderes besagen, als daß Verträge der suspendierten Art nicht erneut abgeschlossen, nicht wiederholt werden dürfen.

1) Wahrig, Deutsches Wörterbuch

2) Bauer, Deutsches Wahlwörterbuch

3) ders., a.a.O.

Da sich die Bestimmungen der gesetzlich mißbilligten und deshalb für unwirksam erklärten Bindungsverträge an den zwei Gruppen von Tatbestandsmerkmalen des § 18 GWB auszurichten hat, muß das auch für die zukünftig zu verbietenden Bindungen gelten. Es wird also der Inhalt des Begriffes "gleichartig" zum einen durch die Art der Bindungen, d.h. die Bindungstatbestände der Nrn. 1 bis 4, und zum anderen durch deren Auswirkungen, die verschiedenen Marktfolgen der lit. a bis c, festgelegt. Da die einzelnen Bindungsverträge nun nicht per se, sondern nur bei besonderen Auswirkungen vom Gesetz mißbilligt werden, steckt die Typenbeschreibung der Nrn. 1 bis 4 den Rahmen ab, während die jeweiligen Auswirkungen sodann die spezifischen Grenzen aufzeigen. Gleichartig ist eine neue Bindung also dann, wenn sie - entsprechend der zweigliedrigen Begriffsbestimmung - von der Art und dem Typus der suspendierten Bindung ist und ebensolche Auswirkungen zeitigt ¹⁾, also eine konforme Wettbewerbslage für den Gebundenen herbeiführt ²⁾. Damit kann eine gleichartige Bindung nur dann vorliegen, wenn sie sich unter gleichen rechtlichen Gesichtspunkten darstellt ³⁾.

1.2 Tatsächlich

Schwieriger und nur bedingt allgemeingültig zu beantworten ist die Frage, falls sich die der Suspendierung zugrundeliegenden tatsächlichen Gesichtspunkte anders darstellen, also der Sachverhalt abweicht.

1) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 81

2) ders., a.a.O., Anm. 74

3) Müller/Gießler/Scholz, § 18 Anm. 68

So etwa, wenn in einer ersten Bindung durch die Verpflichtung eines Großhändlers, nur Fachgeschäfte zu beliefern, ein bestimmter Detaillist vom Bezug ausgeschlossen wird, mit der nunmehr auferlegten Beschränkung aber nur Geschäfte beliefert werden dürfen, die mit den betreffenden Waren einen bestimmten Mindestumsatz erzielen und der vorher ausgeschlossene Händler auch diese Hürde nicht überwinden kann ¹⁾. Hier stimmen die rechtlichen Gesichtspunkte beider Fälle überein, es handelt sich um Vertriebsbindungen nach Nr. 3, die den Detaillisten nach lit. b (eventuell unbillig) im Marktzutritt beschränken. Es divergiert jedoch der jeweils zugrundeliegende Sachverhalt, wenn einmal eine Fachhandels- das andere Mal eine Mindestumsatzbindung vorliegt. Da mit dem normativen Tatbestandsmerkmal "unbillig" in lit. b aber eine objektive, neutrale Interessenabwägung zwischen der sachlichen Rechtfertigung der Bindung einerseits und dem Marktausschluß Dritter andererseits erforderlich ist ²⁾ und diese Beurteilung in den beiden oben geschilderten Beispielsfällen unterschiedliche Ergebnisse bedingen kann, muß in jedem einzelnen Fall eine solche Interessenabwägung stattfinden. Das Ergebnis einer Abwägung kann nicht ohne weiteres verallgemeinert und auf einen anderen Sachverhalt übertragen werden. Damit können Fälle mit gleichen rechtlichen, aber verschiedenen tatsächlichen Gesichtspunkten nicht gleichgestellt werden, das Verbot neuer, gleichartiger Bindungen kann dementsprechend solche Fälle nicht betreffen; denn es handelt sich nicht um gleichartige Bindungen ³⁾. Ähnlich verhält es sich bei der Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit gleichartig gebundener Unter-

1) Beispiel im Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 98

2) dazu oben S. 65 ff

3) so auch Frankfurter Kommentar, a.a.O.

nehmen, lit. a, da das Merkmal "unbillig" auch hier enthalten ist und eine Interessenabwägung verlangt, die - freilich abweichend von oben - in generalisierender Betrachtung abwägt, ob ein bestimmter Bindungstypus die Wettbewerbsfreiheit unbillig einschränkt ¹⁾. Gleichartig kann dementsprechend also nur eine mit der Marktfolge der lit. a verbundene Beschränkung sein, die denselben Bindungstypus aufweist. Als solche kommen z.B. jeweils Bierlieferungs-, Tankstellen- und Ersatzteillieferungsverträge in Betracht ²⁾.

Der Marktfolgetatbestand wesentlicher Beeinträchtigung des Wettbewerbes, lit. c, verlangt keine solche Interessenabwägung; das Ergebnis diesbezüglicher Untersuchungen kann auf andere Sachverhalte übertragen werden. Damit ist in diesem Fall eine gleichartige Bindung auch dann gegeben, wenn die dem Sachverhalt zugrundeliegenden tatsächlichen Gesichtspunkte divergieren.

2. Konkretisierung gleichartiger Bindungen

Die kartellbehördliche Verfügung braucht die Gleichartigkeit der zukünftig verbotenen Bindungen nicht näher zu konkretisieren ³⁾; eine sachlich-rechtliche Prüfung, ob es sich um gleichartige Bindungen handelt, wird deshalb erst dann erforderlich, wenn die Kartellbehörde Verstöße der Beteiligten ahnden will ⁴⁾. Damit verbleibt das Risiko des Handelns - wie schon

1) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 70

2) ders., a.a.O.

3) Müller/Gießler/Scholz, § 18 Anm. 68; Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 98

4) Frankfurter Kommentar, a.a.O.

im Fall der Unwirksamkeitserklärung - bei den Vertragsteilen.

In manchen Fällen dürfte es sich aber trotzdem empfehlen, daß die Kartellbehörde ihre Vorstellungen über gleichartige Bindungen näher entwickelt, auch wenn diese Rechtsansichten sodann der gerichtlichen Überprüfung unterliegen. Dies hätte nicht zuletzt den positiven Effekt, daß dadurch u.U. eine allgemein akzeptable Abschwächung von Bindungswirkungen erreicht werden könnte, die auf direktem Wege nicht durchzusetzen ist ¹⁾.

Nach einem Teil der Meinungen ²⁾ ist im allgemeinen zwar eine genaue Feststellung der Behörde notwendig, welcher Tatbestand der Nrn. 1 bis 4 vorliegt, bei Überschneidungen ist jedoch eine dahingehende Unterscheidung, welche Eingriffsbefugnisse vorliegen, nicht erforderlich.

Dies kann aber zumindest dann nicht gelten, wenn mit der Unwirksamkeitserklärung ein zukünftiges Verbot gleichartiger Bindungen verbunden ist. Denn der Begriff "gleichartig" bestimmt sich nach den jeweiligen Tatbeständen, könnte also im Falle fehlender Konkretisierung der gegebenen Bindungsvarianten kaum näher bestimmt werden. Ähnlich wie beim zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff neben dem Tenor auch den tragenden Gründen essentielle Bedeutung für die Bestimmung der objektiven Grenzen der Rechtskraft zukommt, ist auch für die jeweilige Begriffsausfüllung eine Konkretisierung in den Gründen erforderlich.

1) gegen die Möglichkeit einer (direkten) Abschwächung: Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 92

2) Schwartz im Gemeinschaftskommentar, § 18 Anm. 79, unter Berufung auf Langen, 4. Aufl., § 18 Anm. 43

III. Veränderung der Marktverhältnisse

Hier handelt es sich um die praktisch sehr bedeutsame Frage, inwieweit ein Verbot gleichartiger Bindungen noch Wirksamkeit entfalten kann, wenn sich die dem Verbot zugrundeliegenden Marktverhältnisse wesentlich geändert haben. Diesbezüglich kommen zwei Möglichkeiten in Betracht, zum einen die Weitergeltung des Verbots mit der Notwendigkeit behördlicher Aufhebung, zum anderen ein Leerlauf dieser Untersagung, infolgedessen neue Bindungen von dem Verbot nicht berührt werden.

Auszugehen ist auch bei der Lösung dieser Frage vom Begriff der Gleichartigkeit, der durch zwei Komponenten bestimmt wird, die Art der Bindung und die Marktfolge. Entfällt auch nur eines dieser Merkmale, so liegt keine Gleichartigkeit mehr vor, kann das Verbot nicht mehr greifen. Wenn sich also die Marktverhältnisse so verändern, daß dieselbe Bindung keine vergleichbaren Wirkungen mehr zeitigen kann, so läuft das Verbot leer, wird damit obsolet ¹⁾. Als Beispiel sei eine Vertriebsbindung genannt, durch die für andere Unternehmen (z.B. Detaillisten) der Marktzutritt unbillig eingeschränkt wird. Verliert das gebundene Produkt nun dadurch für die ausgeschlossenen Wiederverkäufer an Bedeutung, weil nun weitere Hersteller ein gleichartiges Konkurrenzzeugnis auf den Markt bringen ohne dieses zu binden, so öffnet sich für die ursprünglich und vordem Ausgeschlossenen der Markt. Das an den damaligen Binder gerichtete Verbot läuft leer, er kann seine Abnehmer wie früher binden, da eine Wettbewerbsbeschränkung nach lit. b entfällt.

1) Frankfurter Kommentar, § 18 Tz. 99; Müller/Gießler/Scholz, § 18 Anm. 68

Lebenslauf

Hans Veigl,
geboren am 28. August 1946 in München als Sohn der
Eheleute Hans und Victoria Veigl

1952 - 1957	Volksschule in München
1957 - 1966	Gisela-Gymnasium in München
Juli 1966	Reifeprüfung in München
1966 - 1971	Studium der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität in München
20.7.1971	Erste juristische Staatsprüfung in München
1971 - 1975	Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlan- desgerichts München
23.4.1975	Zweite juristische Staatsprüfung in München
1.5. - 31.12.1976	Trainee bei einer Großbank
seit 1.1.77	Staatsanwalt

